



REVISTA JURÍDICA **THEMIS**

EDIÇÃO **35**



Nº 35 . 2023/2024 - ISSN 1983-2036

REVISTA JURÍDICA THEMIS – 35ª EDIÇÃO (2023/2024)

CONSELHO EDITORIAL

Gabriel Alexandre Canova Tanelo

Maria Clara Libanio Tavares

Sophia Guedes Cardoso

Enzo Dutra Prezoto

Lisiane Kroeker Bitencourt

Mateus Simioni de Bittencourt

CONSELHO ADMINISTRATIVO CAHS – DE VOLTA PARA CASA (PDU)

Gabriel Alexandre Canova Tanelo

Maria Clara Libanio Tavares

João Pedro Sousa da Silva

Vitor Pacifico Colla

Bruna Felicidade Samuel Drevek

Enrico Mesti Soares

Sophia Guedes Cardoso

Gabriel Henrique Santos Nunes

Lucas Peron Sikora

Leticia Bianca Carara

Vitória Inaiê Anchieta Ferreira

Kaylane Assis Barros

Higor Kobiec Fiamoncini

Giovana Isabele Martins

Revista Jurídica Themis / Centro Acadêmico Hugo Simas (organizador). – nº 35
(2024) – Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 15,5x22,5 cm, 353 p.

Publicação periódica

Revista contendo artigos científicos escritos por acadêmicos de Direito, selecionados
em concurso organizado pelo Centro Acadêmico Hugo Simas.

1. Direito – periódico – Brasil

ISSN nº 1983-2036

Editora Íthala Ltda.

Rua Pedro Nolasco Pizzatto, 70

Bairro Mercês

80.710-130 – Curitiba – PR

Fone: +55 (41) 3093-5252

+55 (41) 3093-5257

<http://www.ithala.com.br>

E-mail: editora@ithala.com.br

Revisão: Fabricia Romaniv Chicaroni

Capa: João Pedro Sousa da Silva

Diagramação: Sônia Maria Borba



As ideias apresentadas são de inteira responsabilidade dos seus respectivos autores. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

Revista Jurídica **THEMIS**

Edição nº 35



**EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2024**

PREFÁCIO

A Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná é um dos mais antigos e respeitados centros de ensino jurídico do Brasil. Com mais de um século de história, nossa instituição se consolidou como um espaço de formação crítica, comprometido com a reflexão profunda sobre o Direito e suas interseções com a sociedade. Nosso compromisso com a excelência acadêmica se reflete na produção intelectual de nossos estudantes e pesquisadores, que buscam não apenas interpretar o direito, mas também questioná-lo, transformá-lo e ampliá-lo em suas dimensões democráticas e inclusivas.

A presente edição da Revista Themis exemplifica essa tradição crítica ao reunir uma seleção de artigos que abordam questões centrais do direito contemporâneo, promovendo um diálogo interdisciplinar e sensível às transformações sociais. Os textos aqui reunidos exploram temas diversos e urgentes da agenda contemporânea, tais como: justiça climática e o papel dos povos originários na proteção ambiental; os desafios da regulamentação do trabalho doméstico e sua relação com gênero e classe; a luta pelo reconhecimento dos direitos LGBTQIA+; a interseção entre novas tecnologias e direitos humanos, além de reflexões sobre responsabilidade civil, direito penal e democracia.

Nessa edição, temas como a responsabilidade penal internacional, o impacto das medidas cautelares patrimoniais na presunção de inocência e o papel das reformas tributárias na transparência fiscal demonstram a diversidade e relevância dos debates jurídicos contemporâneos, tanto na seara dogmática quanto no campo propedêutico. O trabalho desenvolvido pelos autores e autoras revela um olhar atilado e comprometido com o aprimoramento do sistema jurídico brasileiro e internacional.

A Revista Themis, gerida pelo Centro Acadêmico Hugo Simas, é uma porta de entrada fundamental para a difusão da pesquisa acadêmica e um espaço de fortalecimento da formação jurídica crítica. A iniciativa do Centro Acadêmico, ao promover e manter este periódico, reflete a vocação histórica de nossa Faculdade para a produção acadêmica engajada e plural. A revista não apenas proporciona um espaço de visibilidade para novas pesquisas, mas também incentiva os estudantes a ingressarem no mundo acadêmico com rigor, criatividade e responsabilidade.

Que esta edição inspire novas pesquisas, provoque reflexões e contribua para o avanço do conhecimento jurídico comprometido. Que cada leitor e leitora encontre nestas páginas não apenas um conjunto de artigos, mas sim uma expressão do compromisso da Faculdade de Direito da UFPR com a formação de juristas atuantes na construção de uma sociedade mais justa e democrática.

Curitiba, verão de 2025.

Melina Girardi Fachin

Diretora da Faculdade de Direito da UFPR

SUMÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO ESTADO

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À HONRA: PONDERAÇÕES DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA SOBRE OS CONFLITOS ENTRE ESSES DIREITOS FUNDAMENTAIS ..13
Erick Camargo de Almeida

DIREITO CIVIL

ABANDONO AFETIVO ENQUANTO FENÔMENO: DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ AO SEU TRATAMENTO POLÍTICO-SOCIAL 31
Jhêssica Ferreira dos Santos | Júlia Eliza Vanegas Marinero | Thalison Daniel Dullius

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE: OS CRITÉRIOS LEGAIS, A DOCTRINA E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 59
Bruna Marchesini Xavier Pedro | Eduardo Nassar Stephanes | Matheus José Boaron Campese

DIREITO PROCESSUAL PENAL

TEMPO E MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....79
Alexandre Miranda Demantova

DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

PARA ALÉM DA INDENIZAÇÃO MONETÁRIA: A COMPENSAÇÃO *IN NATURA* COMO ALTERNATIVA NA REPARAÇÃO DE PRISÕES ABUSIVAS 101
Eduarda Villwock | Rebeca Dionysio Felix

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO

O DIREITO DO TRABALHO E A SUBJUGAÇÃO FEMININA: CRÍTICA À REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO REMUNERADO NO BRASIL 119
Laysa Stefany Ferreira Melo | Maria Júlia Costa Leite e Sousa

DIREITO EMPRESARIAL

EXTENSÃO SUBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: MITIGAÇÃO DA RELATIVIDADE DA EFICÁCIA CONTRATUAL.....	145

Eduardo Haas Blume | Mariana da Rosa e Silva

DIREITO TRIBUTÁRIO, FINANCEIRO E DIREITO ECONÔMICO

REFORMA TRIBUTÁRIA, IMPOSTO SELETIVO E DIREITO ALEMÃO: MEDIDAS PARA DESENVOLVIMENTO DA EXTRAFISCALIDADE E TRANSPARÊNCIA FISCAL.....	161

Leonardo Matschulat

TEORIA DO DIREITO E FILOSOFIA DO DIREITO

IDENTIDADES ALGORÍTMICAS E FRONTEIRAS POLÍTICAS NAS REDES SOCIAIS.....	185

Maria Luíza Giglio Muller

HISTÓRIA DO DIREITO

A BANALIDADE DO MAL EM MAUS E ZONA DE INTERESSE: COMPLEMENTARIDADE E CONTRASTE	205

Bruna Marchesini Xavier Pedro | Pedro Otávio Stivanin Sutilli

ANTROPOLOGIA JURÍDICA E SOCIOLOGIA DO DIREITO

O PROBLEMA DA CIÊNCIA NO DIREITO: UM OLHAR A PARTIR DA CRÍTICA MARXISTA À SOCIOLOGIA DO CONHECIMENTO NA PESQUISA JURÍDICA JUSPOSITIVISTA	225

Gustavo de Oliveira Correa

DIREITOS INTERNACIONAIS DE MIGRANTES E REFUGIADOS

O COVEIRO E SUA GRIPE: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL INTERNACIONAL DE JAIR MESSIAS BOLSONARO	239

Bernardo Guidotti do Amaral Stefanello

PROTEÇÃO DE DADOS E DIREITO DIGITAL

BOA-FÉ CONTRATUAL NOS TERMOS DE USO DOS CHATBOTS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O USO DE INFORMAÇÕES E DADOS DO USUÁRIO	253

João Pedro Mendes Cortiano

DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A TITULARIDADE DE DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL DAS OBRAS DE ARTE CRIADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	265

Mariana Calliari Svolenski

DIREITO AMBIENTAL E PROTEÇÃO DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS

POVOS ORIGINÁRIOS E MUDANÇAS CLIMÁTICAS: COMO AS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PODEM CONTRIBUIR COM A LITIGÂNCIA CLIMÁTICA	281

Cristian Mallmann

DIREITO FEMININO E IGUALDADE DE GÊNERO

ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO NO DIREITO DE FAMÍLIA	303

Maria Vitoria de Souza Ribeiro Dias | Natana Santos do Carmo | Yumi Farias Yanagita

DIREITO LGBTQIA+

PRODUÇÃO LEGISLATIVA E A PROTEÇÃO JURÍDICA-CONSTITUCIONAL DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR	321

Douglas Henrique Kricowski dos Santos

DIREITO DA ARTE, CULTURA, CINEMA E LITERATURA

CONSEQUÊNCIAS DO EXCESSO DE TRABALHO: A REPRESENTAÇÃO NA MÍDIA DO KAROSHI E CRUNCH E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE JAPONESA E NA INDÚSTRIA DE JOGOS	339

Luccas Abraão de Paiva Vidal | Paulo Schroeder Borges

**DIREITO
CONSTITUCIONAL E
TEORIA DO ESTADO**

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À HONRA: PONDERAÇÕES DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA SOBRE OS CONFLITOS ENTRE ESSES DIREITOS FUNDAMENTAIS

Erick Camargo de Almeida

RESUMO

Este artigo busca abordar de forma crítica a questão da liberdade de expressão em conflito com o direito à honra, abordando, em um primeiro momento, o julgamento REsp 296.391/RJ, posteriormente dialogando com ideias doutrinárias, sobre os aspectos do direito à liberdade de expressão, que passam pelas legislações e abordagens específicas dos autores. Além disso, o artigo busca o exame da jurisprudência atual do STJ com base no caso em análise, que aborda a relação fragmentada do direito de liberdade de expressão em face dos direitos à honra, ressaltando a necessidade da análise metódica em cada caso para conciliar esses direitos tendo em vista os princípios norteadores da constituição. Também é feita a discussão acerca de violações desses direitos e como tais violações têm âmbito de incidência penal, como os crimes de injúria, difamação e calúnia, que pelo exercício da liberdade de expressão sem limites estes são infringidos, posteriormente destacando-se a importância de estabelecer limites para preservar a harmonia constitucional, o fundamento principal deste artigo busca debater a liberdade de expressão, que embora fundamental, não é absoluta e deve ser exercida dentro de parâmetros razoáveis, em conformidade com direitos estabelecidos na constituição.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos fundamentais; Liberdade de expressão; Direito à honra.

ABSTRACT

This article aims to critically address the issue of freedom of expression in conflict with the right to honor, beginning with an examination of the ruling REsp 296.391/RJ. It subsequently engages with doctrinal ideas regarding aspects of the right to freedom of expression, traversing relevant legislation and the specific approaches of various authors. Additionally, the article seeks to analyze current jurisprudence from the Superior Court of Justice (STJ) based on the case under consideration, which highlights the fragmented relationship between the right to freedom of expression and the right to honor. It emphasizes the necessity for meticulous analysis in each case to reconcile these rights in light of the guiding principles of the constitution. The discussion also covers violations of these rights and how such violations fall under criminal law, including offenses like slander, defamation, and calumny, which are infringed upon by the exercise of unlimited freedom of expression. The article underscores the importance of establishing boundaries to preserve constitutional harmony. The main objective is

to debate freedom of expression, which, while fundamental, is not absolute and must be exercised within reasonable parameters, in accordance with rights established in the constitution.

KEYWORDS: *Fundamental rights; Freedom of expression; Right to honor.*

INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade foram estabelecidos no Código Civil. E assegurados pela Constituição Federal, mais especificamente em seu art 5°. Entender como esses direitos protegem e preservam a dignidade e a autonomia das pessoas é essencial, estabelecendo princípios e direitos.

Mergulharemos na área dos direitos da personalidade e discutiremos como o reconhecimento e a salvaguarda desses direitos são fundamentais para o exercício pleno da cidadania, como o direito à liberdade de expressão não é absoluto e geralmente se encontra em conflito com o direito à honra.

Os direitos da personalidade são aqueles que asseguram a cada indivíduo o respeito à sua dignidade, à sua integridade física e moral, bem como à sua liberdade de autodeterminação. São direitos inerentes a cada ser humano, independentemente de sua raça, religião, sexo ou posição social.

O Código Civil consagra e regulamenta os direitos da personalidade em seu artigo 11, destacando que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são inalienáveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”¹

Entre os direitos da personalidade, encontramos o direito à intimidade, à vida privada, à imagem, à honra, ao nome, à integridade física e moral, entre outros. Esses direitos são essenciais para garantir o equilíbrio e a harmonia nas relações sociais, bem como para proteger a individualidade e a identidade de cada pessoa.

Ao conhecer e compreender os direitos da personalidade, podemos estar mais conscientes dos próprios direitos e dos direitos dos outros ao nosso redor. Essa conscientização contribui para uma convivência mais justa e respeitosa, permitindo que cada indivíduo se expresse, se desenvolva e se relacione em consonância com seus valores e convicções.

Portanto, é importante entender os limites da nossa liberdade de expressão, e como um direito fundamental de um não pode afetar outrem, e como tal limitação pode chegar a outros ramos do direito, como o direito penal, com os crimes contra a honra, de

¹ BRASIL. *Código Civil: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

forma concisa procuramos entender como essas discussões estão intrinsecamente ligadas ao nosso dia a dia.

1. ANÁLISE DO RESP 296.391/RJ SOB A ANÁLISE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Mário Sabino Filho ajuizou ação em face de Leonardo de Rezende Attuch e da Editora 247 S.A., postulando o pagamento de indenização por danos morais decorrentes de notícias e comentários de conteúdo difamatório e ofensivo à sua honra e à sua imagem, redigidos e/ou reproduzidos pelo primeiro réu e publicados no sítio eletrônico da segunda ré entre agosto de 2011 e março de 2012, bem como o cumprimento de obrigação de fazer consubstanciada na publicação de texto de resposta por, no mínimo, noventa dias.

Na inicial, o autor narrou ser jornalista há 27 anos, tendo conquistado posição de destaque em grandes periódicos do país, a exemplo da revista Veja, na qual trabalhou entre 1994 e 2011, exercendo a função de redator-chefe nos últimos 8 anos. Aduziu que, após manifestar seu desinteresse em manter seu cargo na aludida revista, aceitou proposta de trabalho feita pela CDN (Central de Notícias), que, segundo alegou, era a maior empresa de comunicação corporativa do Brasil, da qual se desligou posteriormente. Consignou também ser escritor premiado de livros como “O Dia em que Matei Meu Pai”, “O Antinarciso”, “A Boca da Verdade” e “O Vício do Amor”, alguns publicados em outros países além do Brasil.

Assinalou que o réu também é um jornalista reconhecido, que exerceu a profissão em diversos meios de comunicação e que, na época do ajuizamento da ação, era redator-chefe da Revista IstoÉ, sendo, outrossim, proprietário da Editora 247 S.A., responsável pelo sítio eletrônico “Brasil 247”, portal diário de divulgação de notícias e opiniões críticas na internet.

Afirmou que os demandados, em diversas matérias e notas, extrapolaram o exercício do jornalismo crítico, ao divulgarem informações inverídicas e desprovidas de interesse público, o que evidencia a intenção de macular a sua honra e a sua imagem “enquanto redator-chefe da revista Veja, enquanto escritor, enquanto sócio da empresa CDN e até enquanto pessoa”².

Determinada a emenda da inicial, o autor requereu a condenação dos réus ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais), conforme consta nas fls. 111-112.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 296.391/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 06/04/2009, fls. 7-8.

O magistrado de piso, considerando desnecessária a produção de provas requerida pelos réus, julgou parcialmente procedente a pretensão autoral, condenando-os, solidariamente, ao pagamento de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a título de danos morais, corrigidos monetariamente e com juros de mora a contar da sentença, bem como a retirada dos artigos considerados ofensivos ao demandante e a publicação do texto de resposta por um período de noventa dias na página inicial do sítio eletrônico. Em razão da sucumbência recíproca, os réus foram condenados ao pagamento de 80% das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor final da condenação. Os embargos de declaração opostos pelos réus foram rejeitados pelo juízo singular, que lhes imputou a multa de 1% sobre valor da causa prevista no artigo 538 do CPC de 1973.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento parcial à apelação interposta pelos demandados (apenas para afastar a multa por embargos procrastinatórios) e negou provimento ao recurso adesivo do autor, nos termos da seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Lei de Imprensa – Matérias divulgadas por jornal virtual com críticas ao autor – Hipóteses em que alguns textos não denigrem sua honra ou imagem, tendo apenas caráter informativo e crítico quanto ao trabalho por ele exercido – Outras, contudo, em que houve abuso no direito de informação e liberdade de expressão, ao atingir a honra do autor, extrapolando o limite da liberdade de informação – Indenização devida – Arbitramento que leva em consideração as afirmações feitas, o meio de comunicação utilizado e a efetiva violação à honra, ao nome e à imagem do autor, bem como a condição financeira das partes – Valor mantido – Prova documental que é suficiente ao deslinde da controvérsia – Julgamento antecipado da lide autorizado – Sucumbência recíproca bem dimensionada – Honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em valor razoável – Decisão mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do novo Regimento Interno deste Tribunal – Multa pela oposição de embargos de declaração protelatórios descabida – Não evidenciada má-fé dos réus embargantes – Penalidade afastada – Recurso dos réus provido em parte apenas para este fim, desprovido o do autor.

Opuestos embargos de declaração pelos ora recorrentes, que foram rejeitados na origem.

Nas razões do especial, fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, os réus apontam violação dos artigos 130, 330, inciso I, e 458, inciso II, do CPC de 1973; 1º e 27, incisos I e VIII, da Lei nº 5.250/67; 944 e 953 do Código Civil. Sustentam, em síntese: (i) negativa de prestação jurisdicional, por não terem sido supridas as omissões suscitadas nos aclaratórios; (ii) cerceamento de defesa, pois considerada parte das notícias falaciosas, sem oportunizar a produção de prova oral requerida para demonstrar a veracidade de seu conteúdo; (iii) inobservância dos princípios da liberdade de expressão e de imprensa; e (iv) desproporcionalidade do valor arbitrado a título de dano moral.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA DOUTRINA SEGUNDO ANÁLISES NEOCONSTITUCIONALISTAS E CONSERVADORAS

Com base no caso anterior e com base na doutrina a ser analisada podemos perceber que a visão sobre a questão do conflito entre direitos e liberdades para os juristas aderentes às doutrinas neoconstitucionalista e do direito civil-constitucional é a de que é preferível que a legislação seja vaga. O juiz deve, para eles, em cada situação peculiar dar uma resposta, que seria a melhor para cada caso. Neste aspecto, se busca demonstrar nesta análise duas visões totalmente opostas do que seria a liberdade de expressão pelos doutrinadores neoconstitucionalistas com Luís Roberto Barroso e uma visão antagônica de doutrinadores como Jorge Miranda, Gustavo Bonato Fruet, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Daisy Gogliano que guardam ideias relevantes sobre esse tema.

Luís Roberto Barroso, Ministro do Superior Tribunal Federal (STF), em sua obra *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*, dá uma explicação para a situação da doutrina em relação a esse tema e expõe sua visão: “Como é sabido, por força do princípio da unidade da Constituição inexistente hierarquia jurídica entre normas constitucionais.”³

É certo que alguns autores têm admitido a existência de uma hierarquia axiológica, pela qual determinadas normas influenciam o sentido e alcance de outras, independentemente de uma superioridade formal. Aqui, todavia, esta questão não se põe.

É que os direitos fundamentais entre si não apenas têm o mesmo status jurídico como também ocupam o mesmo patamar axiológico. No caso brasileiro, desfrutam todos da condição de cláusulas pétreas⁴. A circunstância que se acaba de destacar produz algumas consequências relevantes no equacionamento das colisões de direitos fundamentais. A primeira delas é intuitiva: se não há entre eles hierarquia de qualquer sorte, não é possível estabelecer uma regra abstrata e permanente de preferência de um sobre o outro. A solução de episódios de conflito deverá ser apurada diante do caso concreto.

Em função das particularidades do caso é que se poderão submeter os direitos envolvidos a um processo de ponderação pelo qual, por meio de compressões recíprocas, seja possível chegar a uma solução adequada. A segunda implicação relevante do reconhecimento de identidade hierárquica entre os direitos fundamentais diz respeito à atuação do Poder Legislativo diante das colisões de direitos dessa natureza.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade*. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 235, 2004, p. 12.

⁴ CF, art. 60, § 4º, IV.

Nem sempre é singela a demarcação do espaço legítimo de atuação da lei na matéria, sem confrontar-se com a Constituição. No particular, há algumas situações diversas a considerar. Há casos em que a Constituição autoriza expressamente a restrição de um direito fundamental. Aliás, mesmo nas hipóteses em que não há referência direta, a doutrina majoritária admite a atuação do legislador, com base na ideia de que existem limites imanentes aos direitos fundamentais. Pois bem: em uma ou outra hipótese, ao disciplinar o exercício de determinado direito, a lei poderá estar evitando colisões. Situação diversa se coloca, porém, quando o legislador procura arbitrar diretamente colisões entre direitos.

Como se afirmou anteriormente, uma regra que estabeleça uma preferência abstrata de um direito fundamental sobre outro não será válida por desprestigiar o direito preterido de forma permanente e violar a unidade da Constituição. O legislador, portanto, deverá limitar-se a estabelecer parâmetros gerais, diretrizes a serem consideradas pelo intérprete, sem privá-lo, todavia, do sopesamento dos elementos do caso concreto e do juízo de equidade que lhe cabe fazer.

Mesmo nas hipóteses em que se admita como legítimo que o legislador formule uma solução específica para o conflito potencial de direitos fundamentais, sua validade em tese não afasta a possibilidade de que se venha a reconhecer sua inadequação em concreto. Nada obstante, o entendimento que prevalece é o de que a lei não pode impor solução rígida e abstrata para esta colisão, assim como para quaisquer outras. E ainda quando a solução proposta encontra respaldo constitucional e seja em tese válida, isso não impedirá o julgador, diante do caso concreto, de se afastar da fórmula legal se ela produzir uma situação indesejada pela Constituição.

Em oposição a isso, Jorge Miranda, Gustavo Bonato Fruet e Otávio Luiz Rodrigues Junior, em seu artigo Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado, escrevem:

O recurso imediato à dignidade humana como fundamento dos direitos da personalidade justifica-se no contexto da ordem jurídica alemã, dadas suas peculiaridades históricas. No caso brasileiro, porém, o Direito privado possui os elementos adequados à conformação normativa dos principais casos⁵.

Daisy Gogliano⁶ acrescenta, em Direitos Privados da Personalidade: a garantia dos direitos fundamentais concretiza-se no Direito Civil, porque nas palavras de R. Limongi França:

⁵ MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz e FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12.

⁶ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 8.

Ao dizer o Código que a cada direito corresponde uma ação que o assegura, noutras palavras consagra um princípio por força do qual a cada direito subjetivo corresponde uma obrigação cujo cumprimento se pode exigir mediante a provocação da tutela do Estado, por meio dos seus poderes estruturais, no caso, o Judiciário com a sanção do Executivo⁷

Não é sem razão que o Direito Civil é a base do fenômeno jurídico. Os Direitos da Personalidade ou Direitos da Pessoa Humana são a expressão dos denominados 'Direitos Fundamentais', que antecederam as Cartas Constitucionais, cuja efetivação se faz valer precisamente no *ius civile*, tutelando e sancionando todo o atentado à dignidade humana, a culminar com a reparação do dano. Todos esses direitos subjetivos decantados na Carta Magna encontram a sua razão de ser no Direito Civil, no direito comum a todos os cidadãos, que trata do Ato e do Fato Jurídico, daquelas realidades sociais (*notitia rerum*) que devem ser objeto da jurisprudência, envolvendo pessoas, bens, coisas, no sentido de atribuir a cada um o seu haver. Poderíamos assim dizer, de modo inverso, que o Direito Constitucional descobriu o Direito Civil, vindo ao seu encontro ao tratar não só das pessoas como da família, das heranças, das obrigações, da saúde etc., com matizes e ressonâncias novas, na concretização do Direito.

3. AS DIVERSAS OPINIÕES JURISPRUDENCIAIS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em pesquisa realizada por Clara Rafaela Prazeres de Carvalho, a questão da relação entre liberdade de expressão e direito à honra foi abordada e foram encontradas decisões do STF e do STJ que nos permitem fazer uma análise da situação desse tema em nossos tribunais.

A professora expõe:

A partir da análise das razões de decidir tentou-se desenvolver um raciocínio crítico de forma a perquirir se há nas razões algo que seja fundante e dogmático ou se elas são utilizadas sempre de maneira repetidamente genérica para fundamentar um entender pré-construído na mente do julgador. Desta análise, criam-se proposições e questionamentos, que, sem pretensão de dar solução ao tema, enriquecem o debate e o raciocínio crítico insito ao bom direito.⁸

⁷ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev. São Paulo: revista dos tribunais, 1980. v. 1, p. 22.

⁸ CARVALHO, Clara Rafaela Prazeres. *A liberdade de expressão na jurisprudência do STF e STJ*. Monografia, PUC Rio de Janeiro, 2009, p. 21.

Do estudo dos acórdãos dos tribunais anteriormente referidos nos deparamos, infelizmente, com uma jurisprudência fragmentada, não coesa e aparentemente despreparada ou pelo menos despreocupada em traçar razões sérias de decidir. Não há em verdade uma linha delimitada, nem tampouco postulados básicos a serem aplicados. Argumentos genéricos se repetem para salvaguardar ou restringir a liberdade de expressão.⁹

O Ministro do STF Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário RE 511.961/SP¹⁰, expressa sua visão em seu voto, que foi o vencedor no dito recurso:

Às liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral.

Pode-se, então, ver que são permitidas limitações à liberdade de expressão, frequentemente reconhecidas pela jurisprudência. Outros casos fazem-se de exemplo para tornar isso evidente.

Escreve o Ministro do STJ Luis Felipe Salomão na decisão do Recurso Especial N° 296.391/RJ¹¹:

Posto seja livre a manifestação do pensamento – mormente em épocas eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, até para a formação da convicção do eleitorado –, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra rédeas tão robustas e profícuas para a consolidação do Estado Democrático de Direito quanto o direito à livre manifestação do pensamento: trata-se dos direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana.

O Ministro do STF Carlos Ayres Britto discorre sobre, em seu extenso voto vencedor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 130¹²:

A Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de

⁹ CARVALHO, Clara Rafaela Prazeres. *A liberdade de expressão na jurisprudência do STF e STJ*. Monografia, PUC Rio de Janeiro, 2009, p. 2.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 511.961, Tribunal Pleno, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 17 jun. 2009; publicado no Diário da Justiça Eletrônico, em 13 nov. 2009.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 296.391/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 06/04/2009.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 30 abr. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, n. 208, 6 nov. 2009.

pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição.

Mas, em seguida:

Não estamos a ajuizar senão isto: a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento, bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, pouco importando a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Isto é certo. Impossível negá-lo. Mas o exercício de tais liberdades não implica uma fuga do dever de observar todos os incisos igualmente constitucionais que citamos no tópico anterior, relacionados com a liberdade mesma de imprensa (a começar pela proibição do anonimato e terminando com a proteção do sigilo da fonte de informação). Uma coisa a não excluir a outra, tal como se dá até mesmo quando o gozo dos direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, além do acesso à informação, acontece à margem das atividades e dos órgãos de imprensa (visto que o desfrute de tais direitos é expressamente qualificado como “livre”). Mas é claro que os dois blocos de dispositivos constitucionais só podem incidir mediante calibração temporal ou cronológica: primeiro, assegura-se o gozo dos sobredireitos (falemos assim) de personalidade, que são a manifestação do pensamento, a criação, a informação, etc., a que se acrescenta aquele de preservar o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão do informante, mais a liberdade de trabalho, ofício, ou profissão. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais sobre-situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana; ou seja, como exercer em plenitude o direito à manifestação do pensamento e de expressão em sentido geral (sobre direitos de personalidade, reitere-se a afirmativa), sem a possibilidade de contraditar, censurar, desagradar e até eventualmente chocar, vexar, denunciar terceiros? Pelo que o termo “observado”, referido pela Constituição no caput e no § 1º do art. 220, é de ser interpretado como proibição de se reduzir a coisa nenhuma dispositivos igualmente constitucionais, como os mencionados incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º. Proibição de se fazer tabula rasa desses preceitos igualmente constitucionais, porém sem que o receio ou mesmo o temor do abuso seja impeditivo do pleno uso das liberdades de manifestação do pensamento e expressão em sentido lato.

Do exposto, conclui-se que a jurisprudência brasileira mantém o confronto entre direitos da personalidade de um lado e liberdades individuais de outro. Não dá uma solução que pretenda conciliar os dois de forma simplista. Antes, leva em consideração tanto as proteções às liberdades individuais quanto ao direito à honra da pessoa humana assegura-

dos pelos seus respectivos trechos da Constituição. Consequência disso é uma jurisprudência vaga, em acordo com o que ordenam aqueles autores do neoconstitucionalismo e do direito civil-constitucional, e que em cada caso particular dá diferentes pesos a cada lado dessa balança, sem uma uniformidade concreta e a depender da interpretação dos magistrados dos tribunais.

4. ANÁLISE DA VIOLAÇÃO DO DIREITO À HONRA PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS IMPACTOS

Observa-se em nossa Constituição que o legislador não excluiu restrições à liberdade de expressão ao tratar de direitos da personalidade, como o direito à honra.¹³

A situação de tensão entre esses direitos e o direito à liberdade de expressão tem sido discutida nos tribunais de diversos Estados democráticos, no Brasil por exemplo na decisão do RE 662055 RG / SP¹⁴:

2. Constitui questão constitucional da maior importância definir os limites da *liberdade de expressão* em contraposição a outros *direitos* de igual hierarquia jurídica, como os da inviolabilidade da *honra* e da imagem, bem como fixar parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas.

Uma vez que esses valores são de grande relevância para a manutenção da democracia, como a liberdade de expressão e a proteção dos direitos individuais, são muitas vezes colocados em posição antagônica, o que leva a uma análise mais cuidadosa em cada caso específico.

O que não se deve fazer é estabelecer um parâmetro para resolver o conflito de direitos fundamentais, avaliar arbitrariamente interesses conflitantes. A Constituição Brasileira é clara: todos têm o direito de expressar sua opinião dentro dos limites da razão, de modo que fica proibido que isso leve a crime de ameaça, contra a honra e à incitação a crime, dentre outros exemplos.

O artigo 5º inciso IV da Carta Constitucional estabelece: “É livre a expressão do pensamento, sendo proibido o anonimato¹⁵”. É uma norma constitucional que faz parte das chamadas liberdades públicas, parte do núcleo imaterial da Constituição como um dos di-

¹³ Art. 1º, art. 220, CF.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 235, 2004.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

reitos decorrentes da cidadania e da personalidade. Porque esse direito é de natureza constitucional, na verdade é uma regra, ou existe ou não existe, é válido ou não é. Somente outra norma constitucional poderia limitar esse direito. Lembre-se também que o direito à livre expressão do pensamento é o primeiro a ser suprimido ou limitado nos países totalitários.

A censura é expressamente proibida pela Constituição Federal em duas passagens: no artigo 220, “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”¹⁶ Que proíbe qualquer tipo de censura política, ideológica e artística, a partir dessas duas facilidades, parece que nenhuma censura prévia é possível, o que é típico de países totalitários onde não há liberdade de expressão, muito menos uma imprensa livre. Se a linguagem e a linha entre a liberdade de expressão e a prática de uma ofensa, incluindo um crime, fosse ultrapassada, era punida posteriormente. Não é dado a ninguém prever a prática de um delito e silenciar quem quer que seja, o que caracteriza a arbitragem.

Todo poder público perde parte de sua intimidade, de sua vida privada e do direito de preservar sua imagem ao ocupar um cargo importante. Mas isso não significa que eles possam ser insultados ou ameaçados. No entanto, deve ser feito um julgamento específico sobre o que constitui uma ofensa ou o exercício do direito de crítica, que muitas vezes é exercido de forma enfática, mas não deixa de ser crítico.

Qualquer pessoa ou instituição, o Supremo Tribunal Federal e os chefes de Estado não exigidos dela, podem ser criticados, cabendo ao judiciário emitir juízo de valor para concluir a natureza jurídica da crítica – aplicação de lei ou crime. A Lei nº 14.197 de 2021¹⁷, que trata dos crimes contra o Estado Democrático de Direito e substitui a Lei de Segurança Nacional, encontra-se in *vacatio legis* 90 dias após sua publicação, possui dispositivos semelhantes e muito mais abertos ao normativo encerramento que será inserido na legislação penal. O artigo 359-T deste diploma legal prevê a liberdade de expressão e de expressão do pensamento, direito fundamental já consagrado na Constituição Federal.

O direito à livre expressão do pensamento consiste precisamente na possibilidade de dizer o que se pensa sobre algo ou alguém, incluindo os poderes constituídos e seus representantes, sem que isso constitua crime (atipicidade formal e material). Esta norma constitucional é fruto de um país democrático e uma lei que justamente protege um Estado Democrático de Direito jamais poderia punir a expressão do pensamento que é um de seus pilares.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021*. Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito; e revoga a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 set. 2021. Seção 1, p. 1.

Da mesma forma, não é possível criminalizar as atividades jornalísticas e de comunicação, que também têm base constitucional. O artigo 5º inciso IX da Constituição dispõe que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. E complementa o disposto no §2º do art. 220, que veda “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.¹⁸

Não pode ser considerado crime a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas populares, comícios, greves ou qualquer outra forma de expressão política com fins sociais, um direito protegido pela Constituição Federal, jamais poderá ser criminalizado, o que seria paradoxal, ilógico e certamente inconstitucional.

Por outro lado, como qualquer direito, há um limite, não existem direitos absolutos e invioláveis, todos os direitos e garantias constitucionais devem coexistir harmoniosamente, respeitando os critérios de proporcionalidade.

O ditado popular de que “o seu direito termina onde começa o meu” é verdadeiro. A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas também é direito consagrado na Constituição¹⁹, bem como a proteção à segurança e à tranquilidade de toda a sociedade²⁰. A partir do momento em que for ultrapassado o limite da liberdade de expressão exigido por lei e a conduta for adaptada a tipo penal, o crime de opinião será punido nos termos da legislação aplicável.

O direito à honra, inclusive a honra externa ou objetiva e a honra interna ou subjetiva, configura-se como direito da personalidade que se enquadra na área da lei civil, mas porque foi consagrado na Constituição Federal²¹, como parte dos direitos fundamentais, acarreta uma exigência para sua observância, ou seja, um efeito inibitório não só sobre os indivíduos, mas também sobre a esfera pública.

Honra, do latim *honor*, denota a própria dignidade de uma pessoa que vive honestamente e baseia seu modo de vida nos ditames da moralidade. A honra é a dignidade pessoal que se reflete no respeito pelos outros, honra objetiva e no sentimento da própria pessoa honra subjetiva.

Uma pessoa jurídica que tenha sua reputação manchada, mesmo que não tenha senso de sua própria dignidade, também pode ser objeto de violação do direito à honra. Sendo a honra fundada na dignidade da pessoa inerente à sua própria condição, não se pode negar que, de acordo com o texto constitucional, atentará contra a honra aquele que

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁹ Art. 5º, X.

²⁰ Art. 5º, *caput*, CF.

²¹ Art. 5º, X, CF.

atentar contra essa dignidade, independentemente de mérito ou demérito ou qualquer outra circunstância.

Observa-se em nossa Constituição que o legislador não excluiu restrições à liberdade de expressão ao tratar de direitos da personalidade, como o direito à honra²².

A situação de tensão entre esses direitos e o direito à liberdade de expressão tem sido discutida nos tribunais de diversos Estados democráticos, uma vez que valores de grande relevância para a manutenção da democracia, como a liberdade de expressão e a proteção dos direitos individuais. O que não se deve fazer é estabelecer um parâmetro para resolver o conflito de direitos fundamentais, avaliar arbitrariamente interesses conflitantes.

A Constituição Brasileira é clara: todos têm o direito de expressar sua opinião dentro dos limites da razão, de modo que fica proibido que isso leve a crime de ameaça, contra a honra e à incitação a crime, dentre outros exemplos.

A liberdade de expressão do pensamento, direito fundamental já consagrado na Constituição Federal art. 5º, IV, tão insultado hoje. A norma estabelece que:

Não constitui crime previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais.

Todo crime de opinião deve ter finalidade penal, ou seja, infringir a lei de forma a corresponder à norma penal incriminadora que o pune, como os crimes contra a honra, críticas simples, debate de ideias, insatisfação com algo, intenção de se corrigir ou de se defender não são atos criminosos típicos.

Todo crime contra a honra tem um elemento subjetivo de um tipo específico de difamação ou dano à saúde de uma pessoa específica, não bastando meras ações objetivas que se enquadrem no tipo penal.

Outra ação que pode ser atribuída à aplicação da manifestação de pensamento é a ação elencada no § 286 do Código Penal, que trata da incitação à prática criminosa, cujo tipo penal prevê: “Incitação pública à prática de crime: Pena de três a seis meses ou multa²³”. Nesse delito, o Legislativo se antecipou e tornou crime incitar a prática de qualquer crime para impedir a prática de um crime, é uma ação que deve ser praticada em público, para ser percebida por um número indefinido de pessoas, e destinada ao cometimento de um crime específico.

²² Art. 1º, art. 220, CF.

²³ BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

Assim, o agente deve, de qualquer forma, incitar publicamente as pessoas à prática de determinado crime, como certo furto, certo estupro, certa lesão corporal etc. Portanto, não há necessidade de que a incitação seja, por exemplo, furto na casa de “Fulano”. Basta que a instigação seja a prática de certo furto, mesmo com vítima não especificada.

Em caso de prática de infração penal, para a qual foi cometida incitação, dela participará o instigador, que corresponderá ao § 286 do Código Penal em matéria de concorrência substantiva.

Com efeito, a nova legislação incorporou um único parágrafo ao § 286 do Código Penal, que contém uma disposição que já havia sido expressamente revogada pela Lei nº 14.197/2021, artigo 23, como crime contra a segurança nacional.

Quem incitar publicamente, não a ato criminoso, mas à inimizade entre as Forças Armadas ou entre estas e os poderes da República, será punido segundo o novo sistema com as mesmas penas de personalidade básica § 286 do Código penal (poder executivo, legislativo e judiciário) instituições civis ou empresas.

Refira-se que os crimes de opinião, cometidos por escrito ou verbalmente, deixaram de ser tipificados na Lei de Segurança Nacional²⁴ e na nova legislação que a substituirá, passando a constituir crimes ordinários, descritos no Código Penal, passível de processo criminal, sob competência do Juizado Especial Criminal, ressalvado o crime de difamação qualificado e o mesmo delito ou difamação, se praticado ou divulgado em qualquer meio de rede social na rede mundial de computadores – Internet –, quando a pena é triplicada.

É fácil perceber que os crimes de opinião têm penas leves e, na sua grande maioria, têm pouco potencial ofensivo e só serão processados se forem cometidos em delitos cúmplices (soma das penas máximas superior a dois anos) ou em caso de reincidência.

Por fim, o exercício de um direito constitucionalmente protegido não se confunde com a prática de um crime que o ultrapassa e se enquadra perfeitamente na lei penal incriminadora, sendo a dúvida sempre resolvida a favor do arguido.

CONCLUSÃO

Neste artigo, exploramos a temática dos direitos fundamentais, com foco no direito à liberdade de expressão no contexto do direito civil. Observamos que a Constituição brasileira estabelece restrições à liberdade de expressão quando entram em conflito com outros direitos fundamentais, como o direito à honra. Essa tensão entre direitos individuais

²⁴ BRASIL. *Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021*. Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito; e revoga a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 set. 2021. Seção 1, p. 1.

e a liberdade de expressão é objeto de discussão nos tribunais de diversos Estados democráticos.

É importante destacar que não devemos estabelecer parâmetros arbitrários para resolver esses conflitos de direitos fundamentais. A Constituição estabelece que a expressão de opinião deve ocorrer dentro dos limites da razão, proibindo a prática de crimes como ameaça, difamação e incitação.

O direito à liberdade de expressão é uma garantia constitucional essencial, que deve ser protegida em uma sociedade democrática. No entanto, essa liberdade não é absoluta e não pode ser usada como justificativa para violar direitos de terceiros. A linha tênue entre a liberdade de expressão e a prática de ofensas ou crimes exige uma análise específica de cada caso.

A censura é expressamente proibida pela Constituição, garantindo a liberdade de expressão política, ideológica e artística. No entanto, a crítica e a manifestação de opinião devem ser avaliadas dentro do contexto jurídico, levando em consideração a natureza da crítica e se ela configura um crime.

Por fim, destacamos que todos os direitos e garantias constitucionais devem coexistir harmoniosamente, respeitando critérios de proporcionalidade. A proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas também é um direito fundamental e deve ser equilibrada com a liberdade de expressão.

A compreensão desses temas nos permite refletir sobre a importância da proteção dos direitos fundamentais e a responsabilidade no exercício da liberdade de expressão, contribuindo para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AZZIZ, Tamine. Direito à honra. *Caderno da Tata*, 2018. Disponível: <https://cadernodatata.com.br/direito-a-honra/>. Acesso: 06 abr. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 235, 2004.

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

BRASIL. *Código Civil: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021*. Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado

Democrático de Direito; e revoga a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 set. 2021. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 30 abr. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, n. 208, 6 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 511.961, Tribunal Pleno, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 17 jun. 2009; publicado no Diário da Justiça Eletrônico, em 13 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral – Admissibilidade (Tema 837). Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: 03/09/2015. Diário da Justiça: seção 1, Brasília, DF, ano 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.872.153 - SP (2020/0099307-8). Ementa. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF: Quarta Turma, 24 de agosto de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 296.391/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 06/04/2009.

BELTRÃO, Silvio Romero. Direito da personalidade: natureza jurídica, delimitação do objeto, relações com o direito constitucional. In: Joyceane Bezerra de Menezes. (Org.). *Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira*. 1 ed. Florianópolis: Conceito, 2010, v. 1, p. 471-489.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico B. *Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito*. Editora Manole, 2019. E-book. ISBN 9788520463321.

CARVALHO, Clara Rafaela Prazeres. *A liberdade de expressão na jurisprudência do STF e STJ*. Monografia, PUC Rio de Janeiro, 2009.

DANTAS, Roselliny Pinheiro. *A honra como objeto de proteção jurídica*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. XV, n. 96, jan. 2012.

GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

GUERRA, Sidney. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev. São Paulo: revista dos tribunais, 1980. v. 1.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz e FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Direito à honra*. Site: monografias, 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002*. Advogados. Disponível em: www.schreiber.adv.br. Acesso em: 07 jun. 2023.

TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à própria imagem*. 1995. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1995.

DIREITO CIVIL

ABANDONO AFETIVO ENQUANTO FENÔMENO: DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ AO SEU TRATAMENTO POLÍTICO-SOCIAL

Jhébica Ferreira dos Santos

Júlia Eliza Vanegas Marinero

Thalison Daniel Dullius

RESUMO

Este artigo objetiva, em um primeiro plano, analisar a possibilidade de reparação civil em decorrência do abandono afetivo. Para tanto, após a análise da literatura especializada, escrutinou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo, examinando-se todas as decisões do tribunal no que concerne à responsabilidade diante dos danos sofridos. Nessa via, constatou-se que a partir de 2012 houve o reconhecimento da possibilidade de responsabilização civil em decorrência do abandono afetivo, sendo que há divergência entre a terceira e quarta turma, sendo preponderante a responsabilização nos julgados por aquela em detrimento da possibilidade de responsabilização nos casos julgados por esta. Por fim, diante da possibilidade de responsabilização civil, foi sustentado que, como o fenômeno social do abandono afetivo é complexo, ainda que seja necessária a possibilidade de judicialização e compensação dos danos, é preciso enfrentar a problemática por meio do fomento de ações de cuidado, especialmente por meio de políticas públicas de assistência social e acompanhamento psicossocial de crianças afetadas pelo abandono. Assim, concluiu-se que a possibilidade de responsabilização civil é necessária, mas que há meios de se evitar e mitigar o fenômeno do abandono afetivo considerando a questão como um fenômeno social que demanda atuação do Poder Público, para além da mera compensação monetária.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo; Responsabilidade civil; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This article aims, initially, to analyze the possibility of civil reparation resulting from emotional abandonment. To this end, after reviewing the specialized literature, the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) regarding civil liability for emotional abandonment was scrutinized, examining all the court's decisions concerning the damages suffered. It was found that since 2012, the possibility of civil liability for emotional abandonment has been recognized, with a divergence between the Third and Fourth Panels, where the former has predominately upheld civil liability in its rulings, unlike the latter. Finally, given the potential for civil liability, it was argued that, while the social phenomenon of emotional abandonment is complex and necessitates the possibility of judicial intervention and

compensation for damages, it is essential to address the issue through promoting care actions, particularly via public policies for social assistance and psychosocial support for children affected by abandonment. Thus, it was concluded that the possibility of civil liability is necessary, but there are ways to prevent and mitigate the phenomenon of emotional abandonment, considering it a social issue that requires government intervention beyond mere monetary compensation.

KEYWORDS: *Emotional abandonment; Civil liability; Superior Court of Justice.*

INTRODUÇÃO

O número de nascidos registrados com pai ausente no Brasil continua crescendo. Conforme o Instituto Brasileiro de Economia, da Fundação Getúlio Vargas, no país há mais de 11 (onze) milhões de mães que criam os filhos sozinhas, sendo que apenas na última década cresceu-se às estatísticas a quantia de 1,7 (um vírgula sete) milhão de mães solteiras, dentre as quais 72,4% (setenta e dois vírgula quatro por cento) não conta com uma rede de apoio próxima¹. Ademais, a pesquisa atestou que dentre as mães solo, entre 2012 e 2022, 90% (noventa por cento) são negras e mais da metade não possui ensino médio ou superior, e que a maior parte mora nas regiões Norte e Nordeste. Nessa toada, as famílias formadas por pais solo em 2015 somaram 3,6% (três vírgula seis por cento), conforme o IBGE².

Assim, a questão do abandono afetivo é uma problemática não apenas cara ao direito, mas também relevante enquanto fenômeno político-social que demanda atuação do Poder Público. O direito, uma das respostas estatais, busca lidar com a questão especialmente pela via da judicialização. Nessa via, nas últimas duas décadas observou-se uma crescente de pedidos que chegaram ao Poder Judiciário visando a reparação civil decorrente dos danos advindos da ausência parental. Assim, uma das vias de análise é, em um primeiro momento, delinear, a partir da revisão bibliográfica, a possibilidade de reparação civil decorrente do abandono afetivo.

Não obstante a resposta teórica para a questão colocada, é necessário que se verifique qual o entendimento jurisprudencial acerca da responsabilização civil decorrente de abandono afetivo. Para tanto, foram selecionadas todas as decisões do STJ no que con-

¹ Brasil tem mais de 11 milhões de mães que criam os filhos sozinhas. *G1*, 12 de maio de 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2023/05/12/brasil-tem-mais-de-11-milhoes-de-maes-que-criam-os-filhos-sozinhas.ghhtml>. Acesso em: 18 abr. 2024.

² SOUZA, Felipe de. Pais solo contam desafios na criação dos filhos: “É se redescobrir”. *CNN Brasil*, São Paulo, 13 de agosto de 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/pais-solo-contam-desafios-na-criacao-dos-filhos-e-se-redescobrir/#:~:text=O%20C3%BAltimo%20levantamen-to%20feito%20pelo,uma%20frase%20costuma%20ser%20constante>. Acesso em: 18 abr. 2024.

cerne à temática, por meio da metodologia detalhada no subtópico 2, explorando a forma, a possibilidade e o tratamento dado ao abandono afetivo pelo tribunal.

Por fim, diante das respostas observadas na literatura e na jurisprudência, problematizou-se a suficiência e a forma do tratamento dado pelo Poder Público ao fenômeno social do abandono afetivo, considerando-se que se trata de uma questão como de políticas públicas, especialmente fundamental na formação, constituição e realização dos sujeitos. Desse modo, o presente artigo foi guiado pelas seguintes questões: 1. cabe reparação civil em casos de abandono afetivo?; 2. cabendo responsabilização civil, como os casos são julgados pelo STJ e quais são os critérios para o deferimento da compensação?; 3. a reparação civil, por si só, contribui para a solução do problema social complexo que é o abandono afetivo ou para uma mitigação substancial?; e 4. a forma com que o abandono afetivo é julgado contribui para a compensação das vítimas do fenômeno da ausência parental?

1. O ABANDONO AFETIVO ENQUANTO FENÔMENO JURÍDICO: O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O abandono afetivo é tema central em discussões doutrinárias e jurisprudenciais, na medida em que se relaciona com o instituto da responsabilidade civil e com o debate acerca da possibilidade de indenização diante da sua prática. De tal modo, em um primeiro momento, cumpre evidenciar a conceituação conferida a este conceito. O abandono afetivo pode ser compreendido como uma lesão extrapatrimonial a um bem jurídico da criança e do adolescente, e esse dano é causado por uma omissão do pai ou da mãe, durante o exercício do poder familiar, fundamentalmente, no direito à convivência familiar, havendo então a configuração de um ilícito civil³.

Ainda, em conformidade com o jurista Paulo Lôbo, o abandono afetivo representa o inadimplemento dos deveres jurídicos inerentes à paternidade, determinados tanto pela Constituição da República, quanto por leis ordinárias, de modo que a sua verificação acarreta consequências jurídicas⁴. Logo, o assunto ultrapassa a esfera da moral e dos costumes.

O estudo sobre o abandono afetivo apresentou ampliação nas últimas décadas, informação que será ratificada em sequência, diante do aumento de decisões judiciais sobre a temática. Esse destaque decorre, em parte, da mudança no conceito de família, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, que até então era constituída

³ MEDINA, Valéria Julião Silva; VIEIRA, Diego Fernandes. Abandono afetivo e os direitos da personalidade: uma releitura em face da necessidade probatória dos danos e o dever de convivência familiar. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 3, p. 29-62, jul./set. 2022, p. 42. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/724>. Acesso em: 19 abril 2024.

⁴ LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 14. ed. v. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2024, p. 150.

pelo matrimônio e autoritarismo paterno, e passou a se sustentar no afeto, no cuidado e no desejo de estar junto, instituindo uma família eudemonista⁵. Nesse mesmo sentido, Valeria Medina e Diego Vieira destacam a transição da família, antes identificada como uma unidade econômica, e atualmente pautada pelo afeto⁶.

Ademais, apesar da inexistência de dispositivo legal que discipline especificamente e diretamente sobre o abandono afetivo, existem normas e princípios no ordenamento jurídico brasileiro que reprovam a prática desse complexo de atos. Um exemplo relevante é a convivência familiar, disciplinada pelo art. 227, *caput*, da CRFB/88⁷ e que impacta diretamente o desenvolvimento psicológico e social de crianças e adolescentes. Nessa conjuntura, conforme a jurista Maria Berenice Dias:

Assim, a convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever. Não há o direito de visitá-lo, há a obrigação de conviver com eles. O distanciamento entre pais e filhos produz consequências de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.⁸

Dessa forma, além de representar um direito fundamental da criança e do adolescente, a convivência familiar é um dever parental que objetiva assegurar o crescimento saudável dos filhos durante a infância e a adolescência.

Para mais, fulcral a evidenciação do princípio da afetividade, haja vista sua direta relevância na discussão acerca do abandono afetivo e do questionamento sobre a responsabilização da falta de afeto no âmbito familiar. Este princípio é definido por Maria Berenice Dias como o fundamento do Direito da Família, para a estabilidade das relações socioafetivas e comunhão de vida, na medida em que o afeto representa o elemento estruturante da família contemporânea⁹.

⁵ CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Das implicações do abandono afetivo nas relações familiares. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 40, p. 224-242, ago. 2019, p. 227. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/76803>. Acesso em: 20 abr. 2024.

⁶ MEDINA, Valeria Julião Silva; VIEIRA, Diego Fernandes. Abandono afetivo e os direitos da personalidade: uma releitura em face da necessidade probatória dos danos e o dever de convivência familiar. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 3, p. 29-62, jul./set. 2022, p. 31. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/724>. Acesso em: 19 abr. 2024.

⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 14 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 140.

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 14 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 74.

O afeto se difere do sentimento de amor, aquele é disciplinado pelo direito, concebido como a imposição legal de cuidado, que conforme Medina e Vieira¹⁰, abarca o modo de criação, educação e companhia do pai e da mãe para com os filhos. Contudo, importante a ressalva acerca desta temática, retratada por Ricardo Calderon, sobre a instabilidade da doutrina e da jurisprudência quanto à extensão e significação deste princípio:

A temática do cuidado é incipiente no Direito Brasileiro e está afeita ao significado conferido a denominada afetividade jurídica, para o qual se percebe ainda certa instabilidade doutrinária e jurisprudencial na sua tradução, ou seja, qual o sentido e a extensão do chamado princípio jurídico da afetividade, o que, inevitavelmente, exige certa homogeneidade e objetividade para a adequada aplicação aos casos concretos.¹¹

Ademais, cumpre evidenciar a ressalva feita por Cardin, Guimarães e Cazelatto¹², de que a garantia unicamente de recursos materiais aos filhos é insuficiente, diante da necessidade de participação dos pais em todas as esferas da vida da criança ou do adolescente¹³.

Após breve elucidação do abandono afetivo e de sua proeminência diante do enfoque conferido à afetividade, se faz necessária a continuidade de análise do tema, mas agora em conjunto com o instituto da responsabilidade civil.

Desse modo, em relação à responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo, o Enunciado 08 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) indica que

¹⁰ MEDINA, Valeria Julião Silva; VIEIRA, Diego Fernandes. Abandono afetivo e os direitos da personalidade: uma releitura em face da necessidade probatória dos danos e o dever de convivência familiar. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 3, p. 29-62, jul./set. 2022, p. 37. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/724>. Acesso em: 19 abril 2024.

¹¹ CALDERON, Ricardo Lucas. Abandono afetivo: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org). *Direito Civil Constitucional a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências*. 1. ed. Florianópolis: Conceito, 2014, v.1, p. 534.

¹² CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Das implicações do abandono afetivo nas relações familiares. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 40, p. 224-242, ago. 2019, p. 231. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/76803>. Acesso em: 20 abril 2024.

¹³ Nesse mesmo sentido, é destacado por Medina e Vieira: “Nunca foi suficiente o amparo exclusivamente patrimonial quando se tem o desenvolvimento psicofísico de uma pessoa. Pertence à família, mais especificamente aos pais, a responsabilidade de preparar o filho para enfrentar o mundo, se relacionar com as outras pessoas, oferecendo o substrato necessário para que este tenha um adequado desenvolvimento” (MEDINA, Valeria Julião Silva; VIEIRA, Diego Fernandes. Abandono afetivo e os direitos da personalidade: uma releitura em face da necessidade probatória dos danos e o dever de convivência familiar. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 3, jul./set. 2022, p. 39. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/724>. Acesso em: 19 abr. 2024.

“o abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado”¹⁴. Flávio Tartuce afirma que é possível a incidência da responsabilidade civil no âmbito da parentalidade ou da filiação, indicando como exemplo de situação em que isso se efetiva a responsabilização por abandono afetivo¹⁵.

Nessa perspectiva, conforme Maria Berenice Dias, a omissão do genitor em atender os encargos do poder familiar, não realizando o dever de companhia em relação ao filho, acarreta danos emocionais, os quais merecem ser reparados¹⁶.

Destarte, havendo violação ao dever de assistência, criação e educação dos filhos menores, na forma do art. 229 da Constituição Republicana¹⁷, e causação de dano ao filho, configura-se o ato ilícito, aduz Tartuce¹⁸. Nesse sentido, consoante o art. 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”¹⁹.

Para que se configure o dever de indenizar, pressupõe-se a existência efetiva de uma relação paterno-filial, conforme afirma Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²⁰. A autora registra que o dever de indenizar no caso de abandono afetivo encontra “seus elementos de configuração na funcionalização das entidades familiares”²¹, haja vista a tendência de realização da personalidade de seus integrantes.

¹⁴ “Conheça todos os Enunciados do IBDFAM”. *IBDFAM*: Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 21 abr. 2024.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1232/Da+indeniza%C3%A7%C3%A3o+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprud%C3%Aancia+brasileira>. Acesso em: 20 abr. 2024.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 14 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 141-142.

¹⁷ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. *Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira*. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1232/Da+indeniza%C3%A7%C3%A3o+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprud%C3%Aancia+brasileira>. Acesso em: 20 abr. 2024.

¹⁹ 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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 21 abr. 2024.

²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto,+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo>. Acesso em: 20 abr. 2024.

²¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto,+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo>. Acesso em: 20 abr. 2024.

A partir desse paradigma, Hironaka analisa os elementos clássicos da responsabilidade civil. Em relação ao dano, afirma que o dano causado pelo abandono afetivo é, em primeiro lugar, um dano à personalidade. Conforme a autora, a comprovação deve ser feita mediante perícia técnica, a fim de analisar o dano e sua extensão.

Referente ao elemento culpa, Giselda Hironaka destaca que é necessária a comprovação da culpa do genitor que tenha se ocultado a conviver com seu filho, recusando-se a participar da formação de sua personalidade, por negligência ou imprudência, caracterizando-se a culpa em sua forma omissiva.

Por fim, Hironaka aponta a dificuldade de se estabelecer o nexo de causalidade nas situações de abandono afetivo. Isso pois, ainda que esteja comprovada a culpa do genitor e que a perícia técnica tenha esclarecido os danos e sua extensão, há dificuldade para a configuração do nexo de causalidade entre o abandono e dano. Com isso, destaca a relevância de que a perícia estabeleça a existência do dano e sua causa²².

A concepção anteriormente delineada parte dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, contudo, há de se observar que, conforme será demonstrado no tópico seguinte, no âmbito jurisprudencial nem sempre há uma análise desses pressupostos para a responsabilização por abandono afetivo.

Com efeito, a doutrina civilista tem criticado o apego exacerbado aos pressupostos clássicos da responsabilidade civil em relação a casos contemporâneos dotados de complexidade, conforme aduz Ricardo Lucas Calderón²³. Os pressupostos contemporâneos da reparação de danos possibilitam que a atuação jurisdicional, em demandas indenizatórias, seja mais aberta às necessidades sociais, conforme Roberto Altheim²⁴. À vista disso:

Nesse aspecto, a análise dos casos de abandono afetivo deve se dar não apenas com base nos pressupostos rígidos da responsabilidade civil, mas, ainda que sem olvidá-los por completo, deve procurar avançar sobre as peculiaridades das relações entre familiares e, ainda, destacar a necessária tutela da vítima, a leitura atenta dos danos e uma postura que, mais do que apenas repará-los, busque também evitá-los.²⁵

²² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto,+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo>. Acesso em: 20 abr. 2024.

²³ CALDERON, Ricardo Lucas. Abandono afetivo: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org). *Direito Civil Constitucional a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências*. 1. ed. Florianópolis: Conceito, 2014, v.1, p. 533.

²⁴ ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil*. Dissertação de mestrado da Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 175.

²⁵ CALDERON, Ricardo Lucas. Abandono afetivo: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane

Nessa perspectiva, Calderón aponta a possibilidade de se sustentar que em situações de abandono afetivo sejam superados os pressupostos rígidos relativos à responsabilidade civil subjetiva clássica²⁶. A importância de se considerar as especificidades das relações familiares mostra-se fundamental para os casos concretos, conforme será demonstrado no tópico seguinte, por exemplo, em situações de abandono afetivo por assistência da adoção.

Por fim, ressalta-se que a reparação dos danos em decorrência do abandono afetivo é fundamental, considerando que o afeto é um princípio que orienta todas as relações jurídicas no âmbito do Direito das Famílias, conforme indica Rodrigo da Cunha Pereira²⁷. No entanto, apesar da fundamentalidade da possibilidade de responsabilização civil, o fenômeno do abandono afetivo, diante de sua complexidade, envolve as facetas social e política, sendo a resposta judicial apenas uma das respostas possíveis, tema que será abordado no subtópico 3.

2. A REPARAÇÃO CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ: JUDICIALIZANDO O ABANDONO AFETIVO

A fim de analisar a compreensão do Superior Tribunal de Justiça em relação à responsabilidade civil por abandono afetivo, utilizou-se a metodologia a seguir indicada. Primeiramente, no mecanismo de pesquisa de jurisprudência do STJ²⁸, na base de dados de acórdãos, buscou-se a expressão “abandono afetivo”, entre aspas, com o objetivo de localizar menções exatas à expressão. A partir desse critério, foram localizados 23 (vinte e três) acórdãos. Dos acórdãos encontrados, 14 (quatorze) deles foram analisados, pois abordaram a temática da responsabilidade civil por abandono afetivo. Os 9 (nove) acórdãos remanescentes foram excluídos da análise, pois não versavam diretamente sobre responsabilidade civil por abandono afetivo (versavam sobre outros temas, como prescrição, conhecimento de recurso especial e cabimento de embargos de declaração).

Após selecionar os acórdãos objetos de análise, os critérios de pesquisa adotados foram os seguintes: (i) órgão julgador; (ii) relatoria; (iii) data de julgamento; (iv) questão

Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org). *Direito Civil Constitucional a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências*. 1. ed. Florianópolis: Conceito, 2014, v.1, p. 534.

²⁶ CALDERON, Ricardo Lucas. Abandono afetivo: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org). *Direito Civil Constitucional a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências*. 1. ed. Florianópolis: Conceito, 2014, v.1, p. 534.

²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 408.

²⁸ STJ - Jurisprudência do STJ. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

discutida no caso; (v) incidência da responsabilidade civil; (vi) critérios utilizados para examinar a existência de responsabilidade civil; e (vii) *quantum* indenizatório arbitrado.

O primeiro caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), versando sobre abandono afetivo, termo também designado como abandono moral na decisão, foi o REsp 757.411/MG, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, da 4ª Turma, com data de julgamento em 29 de novembro de 2005. Neste caso, a Turma decidiu no sentido da impossibilidade de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo, diante da falta de elementos constitutivos do ato ilícito.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido²⁹.

O Relator apontou, como fundamentação para a ausência de responsabilização civil, que não cabe ao Poder Judiciário impor a obrigação de amar e manter relacionamento afetivo entre pai e filho, e que o litígio entre as partes poderia atrapalhar a possibilidade de reconstrução do relacionamento entre pais e filhos. Ainda, diante do descumprimento dos deveres parentais de sustento, guarda e educação dos filhos, a lei já estipula como punição a perda do poder familiar, sendo esta a pena civil mais grave a ser imputada aos pais, e a reparação financeira já é assegurada pela pensão alimentícia.

No ano de 2009, no julgamento do REsp 514.350/SP³⁰, pela Quarta Turma do STJ, o Ministro Relator Aldir Passarinho Junior, manteve o entendimento da Corte Superior. Inclusive, o REsp 757.411/MG foi citado como precedente.

Em relação ao julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242-SP³¹ pela Terceira Turma, trata-se de caso que representou entendimento relevante em relação ao tema aqui discutido, pois foi o primeiro acórdão do STJ que possibilitou a compensação em razão de abandono afetivo. Inclusive, o caso foi objeto de debates pela Corte, resultando no provimento ao recurso por maioria de votos.

O caso, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, discutiu se o abandono afetivo da recorrida, por seu pai, seria elemento suficiente para configurar dano moral compensável. Isto posto, a Ministra considerou que não há restrições legais para que sejam aplicadas

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 757.411-MG (2005/0085464-3). Relator: Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. DJe 27/03/2006, p. 1.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial 514.350-SP (2003/0020955-3). Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 28 de abril de 2009. DJe 25/05/2009.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. DJe 10/05/2012.

regras sobre a responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família. Nesse sentido, afirmou-se que:

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,^o V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.³²

Além disso, o acórdão tratou dos elementos necessários à configuração do dano moral. Afirmou-se que o dano, a culpa e o nexo causal configuram a responsabilidade civil subjetiva. Entretanto, a Relatora pontuou que essa perspectiva ganha contornos de grande complexidade quando se trata de relações familiares, em razão de fatores de elevada subjetividade, o que dificulta a definição e a identificação dos elementos caracterizadores do dano moral.

Ademais, destaca-se que a Relatora aduz que não se está a discutir o “amar”, mas sim a imposição legal e biológica de cuidar. Nesse sentido, afirmou-se: “em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”³³. Conforme a Ministra, a comprovação de que houve descumprimento de tal imposição acarreta a ocorrência de ilicitude civil na forma de omissão. Dessa maneira:

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.³⁴

No caso objeto de análise, a Terceira Turma concluiu que estaria caracterizado o dano *in re ipsa*, conforme excerto a seguir:

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuum*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.³⁵

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. DJe 10/05/2012. p. 5-6.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. DJe 10/05/2012. p. 11.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. DJe 10/05/2012. p. 11.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. DJe 10/05/2012. p. 13-14.

Isto posto, entende-se que o dano moral estaria presente, pois, na situação, existiria concomitantemente negligência, dano e nexo. No que se refere ao valor da compensação, considerou-se que o valor fixado pelo Tribunal *a quo* (R\$415.000,00) seria elevado em demasia, reduzindo-o para R\$200.000,00.

No REsp 1.557.978/DF, julgado de novembro de 2015, pela Terceira Turma do STJ, em discussão que versava sobre a existência de responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo e descumprimento do dever de convivência, decidiu, no sentido de ausência de ruptura ou abandono afetivo, estabelecendo critérios específicos para a sua configuração. Nesse julgado, o Ministro Relator Moura Ribeiro dispôs que para a existência de responsabilidade civil subjetiva é necessário (i) a comprovação de conduta omissiva ou comissiva do pai, configurando ato ilícito, que decorre da quebra do dever jurídico de convivência familiar e não pela falta de afeto; (ii) a comprovação de trauma psicológico sofrido pelo filho, isto é, dano a sua personalidade e (iii) nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano, conforme o art. 186 do Código Civil, o qual poderia ser comprovado com maior facilidade por estudos psicossociais. A ementa do acórdão evidencia, de modo resumido, esse entendimento:

2.Considerando a complexidade dos temas que envolvem as relações familiares e que a configuração de dano moral em hipóteses de tal natureza é situação excepcionalíssima, que somente deve ser admitida em ocasião de efetivo excesso nas relações familiares, recomenda-se uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, principalmente no caso de alegação de abandono afetivo de filho, fazendo-se necessário examinar as circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, de modo a evitar que o Poder Judiciário seja transformado numa indústria indenizatória.

3. Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claros e conectados.³⁶

Ademais, o Ministro sustenta que são excepcionais os casos de responsabilização, porque se faz necessário “(...) evitar a transformação do Poder Judiciário” em uma indústria indenizatória por abandono afetivo com a observação de que caso se verifique

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.557.978-DF (2015/0187900-4); Relator: Moura Ribeiro. Brasília, 03 de novembro de 2015. DJe 17/11/2015, p. 1-2.

a omissão paterna, ele não será punido por falta de afeto, mas sim por quebra do dever jurídico de convivência familiar.”³⁷. Nesse mesmo sentido, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, também da Terceira Turma, analisou e julgou o REsp 1.493.125/SP, com o enfoque tão somente para a necessidade de registro e suporte econômico pelo genitor ³⁸.

No caso do AgRg no AREsp 766.159/MS³⁹, em situação envolvendo ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos e indenização por abandono afetivo, o Ministro Moura Ribeiro reiterou o entendimento da Terceira Turma do STJ, em casos similares, de que antes do reconhecimento da paternidade não é possível dispor sobre responsabilidade por abandono afetivo. Em sentido similar, diante do desconhecimento da paternidade por parte do investigado, o abandono afetivo por negligência não foi configurado no REsp 1.374.778/RS, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, da Terceira Turma⁴⁰.

A Quarta Turma, no REsp 1.087.561/RS, com data de julgamento em 13 junho de 2017, entendeu pela responsabilização civil do genitor no caso, decorrente da prática de ato (art. 186 do Código Civil), diante do descumprimento da obrigação deste em prestar assistência material ao filho, que teve como consequência o não fornecimento de condições dignas de sobrevivência e desenvolvimento da personalidade, afetando a integridade física, moral, intelectual e psicológica do filho. Contudo, para o Ministro Relator Raul Araújo, “(...) a falta de afeto não constitui ato ilícito, mas este fica configurado diante do descumprimento do dever jurídico de adequado amparo material”⁴¹.

Em sentido similar, no julgamento do REsp 1.579.021/RS, a Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, da Quarta Turma, destacou que o abandono afetivo não configura dano mo-

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.557.978-DF (2015/0187900-4); Relator: Moura Ribeiro. Brasília, 03 de novembro de 2015. DJe 17/11/2015, p. 14.

³⁸ “Ao revés, ao pai pode ser imposto o dever de registrar e sustentar financeiramente o filho, por meio da ação de alimentos combinada com investigação de paternidade, desde que demonstrada a necessidade concreta do auxílio material. Ressalvadas situações de gravidade extrema, não há a possibilidade de imputação do ônus de amar, muito embora seja sempre lamentável a constatação de relações familiares que não se nutrem pelo afeto verdadeiro e espontâneo. A condenação pecuniária não restituiria as coisas ao *statu quo* ante, já que não restauraria o sentimento não vivenciado, que jamais será compensado.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.493.125-SP (2014/0131352-4). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 23 de fevereiro de 2016. DJe 01/03/2016, p. 6.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 766.159-MS (2015/0209174-1). Relator: Moura Ribeiro. Brasília, 02 de junho de 2016. DJe 09/06/2016.

⁴⁰ Em ementa, é destacado: “2. O desconhecimento da paternidade e o abandono a anterior ação de investigação de paternidade por mais de vinte anos por parte do investigante e de seus representantes, sem nenhuma notícia ou contato buscando aproximação parental ou eventual auxílio material do investigado, não pode configurar abandono afetivo por negligência.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.374.778-RS (2013/0039924-3). Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 18 de junho de 2015. DJe 01/07/2015, p.1.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 1.087.561-RS (2008/0201328-0). Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 13 de junho de 2017. DJe 18/08/2017, p. 9-10.

ral indenizável, caso os deveres de sustento, guarda e educação da prole sejam cumpridos, haja vista a inexistência do dever jurídico de afeto:

3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma.⁴²

Por fim, a Ministra evidenciou que o modo de convivência familiar deve ser escolhido pelas famílias e não regulamentado pelo Estado, sendo que cabe ao Poder Judiciário decidir sobre os casos que envolvam os cuidados (sustento, guarda e educação) dos filhos, podendo inclusive destituir os genitores do poder familiar, se necessário.

No julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 492.243-SP⁴³, a Quarta Turma afirmou que o STJ já teria firmado entendimento em relação à impossibilidade do abandono afetivo antes de haver o reconhecimento da paternidade. Ademais, foi reiterado o entendimento supramencionado, no sentido de que o abandono afetivo não configuraria dano moral indenizável, indicando-se o REsp 1.579.021-RS. Da mesma forma, no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.286.242-MG⁴⁴, a Quarta Turma reiterou a compreensão firmada no REsp 1.579.021-RS, aduzindo que o acórdão recorrido estaria em consonância com o entendimento do STJ em relação à temática.

No Recurso Especial nº 1.698.728-MS⁴⁵, cuja relatora para o acórdão foi a Ministra Nancy Andrighi, discutiu-se a possibilidade de reparação por danos morais em razão do abandono afetivo pelos pais adotivos em relação ao adotado. No caso, concluiu-se que haveria dano moral decorrente dos atos dos pais adotivos que resultaram na reinserção da criança no sistema de acolhimento. Nessa perspectiva, a Terceira Turma arbitrou a condenação de R\$5.000,00 a título de danos morais.

Ademais, a Terceira Turma, no Recurso Especial nº 1.887.697-RJ⁴⁶, proferiu relevante decisão para o tema da reparação por abandono afetivo. No caso, a Ministra Nancy

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 1.579.021-RS (2016/0011196-8). Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19 de outubro de 2017. DJe 29/11/2017, p. 1.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 492.243-SP (2014/0065381-8). Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 05 de junho de 2018. DJe 12/06/2018.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.286.242-MG (2018/0100313-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 08 de outubro de 2019. DJe 15/10/2019.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.698.728-MS (2017/0155097-5). Relator para acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 de maio de 2021. DJe 13/05/2021.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.887.697-RJ (2019/0290679-

Andrighi pontuou que a Terceira Turma, no julgamento do REsp nº 1.159.242-SP, havia reconhecido a possibilidade de reparação por abandono afetivo. Ademais, afirmou a possibilidade de aplicação das regras de responsabilidade civil no contexto das relações familiares.

Além disso, concluiu-se que a reparação de danos em razão do abandono afetivo teria um fundamento jurídico próprio e uma causa específica e autônoma, qual seja, o descumprimento do dever jurídico dos pais de exercer a parentalidade de forma responsável. Sobre o tema, consoante consignado no acórdão:

Dessa forma, se a parentalidade é exercida de maneira irresponsável, desidiosa, negligente, nociva aos interesses da prole ou de qualquer modo desprovida dos mínimos cuidados que toda criança ou adolescente tem direito e se dessas ações ou omissões, que configuram ato ilícito, porventura decorrerem também traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis a partir de qualquer prova em direito admitida, sobretudo a prova técnica, de modo a configurar igualmente a existência de fato danoso, não há óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho, uma vez que esses abalos morais são quantificáveis como qualquer outra espécie de reparação moral indenizável.⁴⁷

No contexto, analisou-se a presença dos pressupostos da responsabilidade civil. Conforme a ementa do acórdão:

6- Para que seja admissível a condenação a reparar danos em virtude do abandono afetivo, é imprescindível a adequada demonstração dos pressupostos da responsabilização civil, a saber, a conduta dos pais (ações ou omissões relevantes e que representem violação ao dever de cuidado), a existência do dano (demonstrada por elementos de prova que bem demonstrem a presença de prejuízo material ou moral) e o nexo de causalidade (que das ações ou omissões decorra diretamente a existência do fato danoso).⁴⁸

Na situação analisada, foi afirmada a correlação entre o fato danoso e as ações e omissões do pai, a qual havia sido atestada por laudo pericial. Concluiu-se que não se tratava de uma hipótese de dano presumido, mas que havia dano psicológico concreto. Diante de tal cenário, a Terceira Turma restabeleceu a sentença de procedência, condenando o pai a reparar os danos causados. Ademais, compreendeu-se que o valor dos danos morais,

8). Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 de setembro de 2021. DJe 23/09/2021.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.887.697-RJ (2019/0290679-8). Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 de setembro de 2021. DJe 23/09/2021. p. 16-17.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.887.697-RJ (2019/0290679-8). Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 de setembro de 2021. DJe 23/09/2021. p. 2.

fixado em R\$3.000,00 pela sentença, deveria ser arbitrado em R\$30.000,00, considerando a capacidade econômica do ofensor, a gravidade dos danos e o caráter pedagógico da reparação.

Por fim, no caso mais recente objeto de análise, o Recurso Especial nº 1.981.131-MS⁴⁹, a Terceira Turma analisou a responsabilidade civil em caso de desistência tardia da adoção, após longo período de convivência. Conforme o Relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

Por isso, andou bem o Tribunal *a quo* ao concluir que a desistência da adoção de A., após longos anos de convivência familiar e da criação de sólidos laços de afetividade, configura ato contrário ao direito. Também está correta a conclusão de que causou ao adolescente dor, angústia e sentimento de abandono, além de ter frustrado a expectativa legítima de ser adotado, restando bem caracterizado o dano moral.⁵⁰

O STJ compreendeu que a conduta dos adotantes configura dano moral indenizável, com amparo na jurisprudência da Corte que reconhece o direito à indenização em situações de abandono afetivo, indicando o entendimento do REsp nº 1.887.697-RJ. No caso, foi considerada razoável a indenização arbitrada em 50 salários mínimos, haja vista as peculiaridades do contexto.

Diante do exposto, é possível verificar que o Superior Tribunal de Justiça, em seus primeiros julgados versando sobre abandono afetivo, entendeu pela impossibilidade de responsabilização civil. Contudo, em 2012, em julgado considerado paradigmático, a Ministra Nancy Andrighi consagrou a aplicação da responsabilidade civil na esfera do Direito da Família, e no que tange ao abandono afetivo, expressou a existência da imposição legal de cuidar. Inclusive, diante das omissões no dever de cuidado, no caso concreto, houve a caracterização do dano moral *in re ipsa*.

Desde então, predomina o entendimento na 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de responsabilização civil. Observa-se que nos acórdãos publicados a partir de 2020, quando comparados com os datados de 2010-2019, houve um aumento nos casos em que a responsabilização civil foi, de fato, verificada. Quanto à 4ª Turma do STJ, mesmo após o julgado proferido pela Ministra Nancy Andrighi, o entendimento permaneceu no sentido de que o abandono afetivo, por si só, não é capaz de ensejar responsabilização civil.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.981.131-MS (2022/0009399-0). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 08 de novembro de 2022. DJe 16/11/2022.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.981.131-MS (2022/0009399-0). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 08 de novembro de 2022. DJe 16/11/2022. p. 16.

Cumprе ressaltar que, em consonância com o entendimento doutrinário delineado no tópico anterior, é possível observar que em determinados casos é de fundamental relevância se considerar as peculiaridades das relações e do caso em si, a fim de responsabilizar o abandono afetivo.

3. O ABANDONO AFETIVO ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL E POLÍTICO: PARA ALÉM DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Foi possível observar no tópico anterior que nas últimas duas décadas houve um desenvolvimento da jurisprudência quanto à possibilidade de se reconhecer efeitos civis ao abandono afetivo, especialmente quanto à reparação civil em relação aos danos advindos de uma ausência que gera, não só segundo os afetados, mas também segundo a psicologia e os estudos sociais, danos tão severos. Nesse sentido, é possível citar a teoria do reconhecimento de Axel Honneth, filósofo e sociólogo alemão, em que o autor distingue esferas de reconhecimento em que os sujeitos simultaneamente são reconhecidos e se autorreconhecem, sendo uma delas a esfera dos afetos⁵¹. Nessa esfera se insere a família, que na socialização primária tem papel central na constituição dos sujeitos. Uma ausência paterna ou materna, assim, pode potencialmente gerar um sofrimento por indeterminação que será constitutivo do sujeito em suas relações, seja consigo, seja com os demais.

Desse modo, se por um lado a reparação civil surge como uma necessidade dos filhos abandonados em face dos danos sofridos, por outro, como se observa dos casos analisados, não se há segurança em afirmar nem que a compensação monetária seja suficiente, nem que a forma como são processados os casos de abandono afetivo seja eficiente, considerando que o fenômeno do abandono é complexo e que seus danos vão muito além do que qualquer reparação em dinheiro pode mitigar, aspectos que serão escrutinados na sequência.

Não se questiona a pertinência da responsabilização, mas se questiona de que forma a responsabilização se dá. De fato, reclamar os danos advindos do abandono afetivo na via judicial é um direito do abandonado. A forma de lidar com o dano, com o sofrimento advindo de uma ausência, é uma escolha do afetado. No entanto, a reparação civil, por si só, contribui para a solução do problema social complexo que é o abandono afetivo ou para uma mitigação substancial? Para além disso, a forma com que o abandono afetivo é julgado contribui para a compensação das vítimas do fenômeno da ausência parental?

Quanto às duas questões delineadas, é preciso analisar a judicialização dos afetos e do dever de cuidado como uma das facetas de resposta ao fenômeno social do abandono afetivo. Além dos fatores sociais no que tange ao abandono afetivo a partir das estatísticas, destacado na introdução, no âmbito da presente pesquisa, em relação aos 14 casos anali-

⁵¹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. São Paulo: Editora 34, 2003.

sados no tópico anterior, quanto ao sujeito demandado por ter supostamente abandonado o filho, é possível classificar 11 (onze) casos como relativos à abandono paterno, 3 (três) casos como de abandono simultaneamente materno e paterno, e nenhum caso apenas de abandono materno. Com isso, observa-se que no Brasil: 1. pais solteiros são raros e mães solteiras são numerosas; 2. pais ausentes são frequentes e são os mais demandados judicialmente, quando em via de recurso ao STJ; e 3. mães ausentes são de baixo número e não há casos no STJ de ausência somente materna em que se tenha discutido o mérito da responsabilização da mãe e que ela tenha sido responsabilizada, em consequência.

Sendo assim, há uma clara influência dos fatores de gênero, classe e raça. Logo, uma das questões que se coloca é se esses fatores são tidos em análise quando do julgamento dos casos. Na análise feminista de Flavia Portella Püschel da responsabilidade civil por abandono afetivo dos casos julgados pelo STJ até 2018, conclui-se que o tribunal não considera adequadamente a perspectiva feminina e as circunstâncias de fato que envolvem o abandono afetivo na sociedade brasileira⁵². A autora explana que o conceito de dano indenizável desenvolvido pelo tribunal nos casos, embora pareça neutro em termos de gênero, se baseia em razões de cunho discriminatório e que afetam desproporcionalmente mulheres.

O escrutínio das decisões feita por Püschel revela que as decisões, tanto da terceira quanto da quarta câmara, são tomadas por um viés machista, que desvalorizam as experiências das mulheres, e que perpetuam as desigualdades de gênero. Nesse sentido cita o argumento frequente nas decisões de que a mãe é corresponsável pelo abandono praticado pelo pai, que ela provocava o pai a abandonar a criança, sem considerar outras possíveis reações do pai ou provocação prévia por parte dele. Por fim, a autora considera que a emancipação das “mães-mulheres que criam seus filhos em situações de abandono paterno depende de avanços em outros campos, especialmente em políticas públicas que deem suporte ao trabalho feminino, à seguridade social, ao cuidado das crianças, idosos e doentes” (em tradução livre), ou seja, aduz que há razões e condições sociais que permeiam a problemática, para a além da mera reparação civil, que mesmo quando deferida é permeada pelo viés machista⁵³.

Também nesse sentido, Marina Amari, Eloise Caruso Bertol e Mariana Capaverde Keller escrutinaram as decisões do STJ até 2023 sobre responsabilização por abandono afetivo por meio do viés de gênero⁵⁴. As autoras afirmam que há uma reprodução de es-

⁵² PÜSCHEL, Flavia Portella. A feminist analysis of child neglect cases from the Brazilian Superior Court of Justice. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 1, 20205. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/wB5k9S5CdtNzGpcgxBWKfp/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

⁵³ PÜSCHEL, Flavia Portella. A feminist analysis of child neglect cases from the Brazilian Superior Court of Justice. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 1, 2020, p. 17. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/wB5k9S5CdtNzGpcgxBWKfp/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

⁵⁴ AMARI, Marina; BERTOL, Eloise Caruso; KELLER, Mariana Capaverde. A responsabilização por aban-

tereótipos de gênero no julgamento dos casos pelo tribunal, com um viés discriminatório, pois consubstancia-se o entendimento de que ao pai basta a presença esporádica na vida do filho, enquanto à mãe cabe o cuidado e criação. Nessa via, explicam que o tribunal não se atenta suficientemente à dinâmica das relações familiares e de gênero, o que acaba por reproduzir o machismo estrutural e normalizar a ausência paterna. Aduzem, no entanto, que “o caráter pedagógico” da reparação civil precisa passar pelas lentes de gênero, a fim de enfrentar a banalização da prática na sociedade, que apenas reforça os estereótipos de gênero. Nesse contexto, as autoras sustentam que o STJ deve seguir o Protocolo de Gênero do CNJ, julgando as questões relativas ao abandono atentando-se às questões de gênero, ao contexto social, econômico e racial em que o caso está inserido, e sem reproduzir padrões descriminalizantes, estigmas e estereótipos⁵⁵.

Ademais, Amari, Bertol e Keller diagnosticam que, diante da ausência de previsão legal sobre o abandono afetivo, bem como da inconsistência da jurisprudência para lidar com o problema, a questão poderia ser melhor disciplinada pela aprovação do Projeto de Lei nº 3012/2023, que busca alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, que dispõe expressamente sobre o abandono afetivo⁵⁶. O projeto insere no rol de deveres decorrentes do poder familiar previsto no artigo 1.634 do Código Civil, o dever de prestar aos filhos uma assistência efetiva e que permita o seu acompanhamento de formação psicológica, moral e social, com a previsão expressa de abandono afetivo é ato ilícito do qual respondem os pais pelos danos dele decorrentes. Assim, sustentam que a importância da aprovação do projeto advém do reconhecimento da figura do abandono afetivo de forma expressa, com o reconhecimento da possibilidade de responsabilização do pai pela ausência de convívio e cuidado em relação ao filho.

Assim, tendo em conta a revisão bibliográfica e análise do tópico anterior, é possível atestar que, de fato, as decisões sobre abandono afetivo desconsideram a ampla complexidade do fenômeno, especialmente no que toca à ausência paterna na sociedade brasileira, bem como na realidade fática do crescente número de mães solteiras. Além disso, desconsidera-se nas decisões os recortes necessários de gênero, classe e raça que permeiam a questão, tendo em vista que a maternidade solo é um problema que afeta, em

dono afetivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e o julgamento com perspectiva de gênero. *Perspectivas Sociais*, Pelotas, vol. 09, nº 02, p. 100-126, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/percsoc/article/view/26614>. Acesso em: 20 abr. 2024.

⁵⁵ AMARI, Marina; BERTOL, Eloise Caruso; KELLER, Mariana Capaverde. A responsabilização por abandono afetivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e o julgamento com perspectiva de gênero. *Perspectivas Sociais*, Pelotas, vol. 09, nº 02, p. 100-126, 2023, p. 114-117. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/percsoc/article/view/26614>. Acesso em: 20 abr. 2024.

⁵⁶ AMARI, Marina; BERTOL, Eloise Caruso; KELLER, Mariana Capaverde. A responsabilização por abandono afetivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e o julgamento com perspectiva de gênero. *Perspectivas Sociais*, Pelotas, vol. 09, nº 02, p. 100-126, 2023, p. 117-120. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/percsoc/article/view/26614>. Acesso em: 20 abr. 2024.

sua primazia, mães negras e sem escolaridade, sem rede de apoio, e das regiões mais pobres do país. Essas mães, por óbvio, não possuem recursos nem visibilidade social a ponto de suas demandas serem levadas a um tribunal superior. Destarte, o problema do abandono afetivo é, antes de tudo, um problema de acesso à justiça e de invisibilidade social.

Ademais, observa-se na própria literatura uma insuficiência na abordagem do abandono afetivo. Em pesquisa no Portal de Periódicos da Capes não se encontra nenhum artigo com os marcadores “abandono afetivo” e “classe”, nem com os marcadores “abandono afetivo” e “raça”. Logo, não apenas na jurisprudência do STJ, mas também na literatura há uma ausência de análises que perscrutam o tema do abandono afetivo com recortes de raça e de classe, ainda que se encontrem estudos relacionando o fenômeno à questão de gênero.

Com isso, tendo em vista que na análise do tópico anterior não há decisões do STJ posteriores ao Protocolo de Gênero do CNJ, ainda há de se aguardar para que a questão seja revista pelo tribunal, e resta dúvida se de fato será aplicado sobre uma ótica que vá além de uma suposição de neutralidade das normas e do fenômeno da ausência parental. Ao passo que no âmbito legislativo podem ser observados que potencialmente, acaso aprovado o Projeto de Lei nº 3012/2023, serão alcançados discretos avanços no âmbito da responsabilização civil por abandono afetivo, ainda que permaneça um vazio no que concerne a como tratar da questão a nível de políticas públicas e evitar que o fenômeno se perpetue.

Por fim, quanto ao aspecto da gerência estatal dos sofrimentos advindos de uma ausência parental e sua suficiência para tratar da problemática social, Yuamara Lúcia Vasconcelos, em um estudo que confronta decisões e posições doutrinárias relativas ao abandono afetivo, sustenta que a convivência forçada e desprovida de afeto é nociva ao desenvolvimento do sujeito, demasiadamente lesiva a sua dignidade, ao passo que ao direito, regular as consequências do desafeto pode fomentar a degradação do convívio familiar e, assim, uma precariedade existencial⁵⁷. Ou seja, o direito lida frontalmente com os desejos dos indivíduos que se inserem nas relações familiares, não podendo, obrigar a amar, o que poderia ser muito lesivo. Assim, segundo a autora, o direito apenas incide sobre a exterioridade do abandono afetivo, ignorando-se a complexidade do fenômeno, razão pela qual sustenta que “as medidas punitivas não solucionam o alegado abandono, muito menos restaura ou desenvolve afetos, ampliando as fissuras nos relacionamentos intrafamiliares”⁵⁸.

⁵⁷ VASCONCELOS, Yuamara Lúcia. Abandono afetivo parental, os limites coercitivos do direito e a judicialização do afeto. *Revista de Direito Brasileira*, vol. 26, n. 10, p. 387-409.

⁵⁸ VASCONCELOS, Yuamara Lúcia. Abandono afetivo parental, os limites coercitivos do direito e a judicialização do afeto. *Revista de Direito Brasileira*, vol. 26, n. 10, p. 406.

Contudo, por mais que se admita a complexidade do fenômeno, não é necessário rechaçar a responsabilidade civil enquanto instituto apto a gerir o sofrimento psíquico e material causado pelo abandono afetivo, pois, ainda que não seja a única forma, tampouco a mais interessante, tendo em vista que procura apenas remediar o problema e não evitá-lo ou solucioná-lo, é um direito do afetado pelo abandono, cabendo a ele, enquanto indivíduo dotado de dignidade e responsável por sua autorrealização, escolher a via de enfrentamento de seu sofrimento e de reparação de seus danos.

Nessa via, em sentido contrário, e ao qual se remete a presente pesquisa, após realizarem avaliações psicológicas realizadas em dois processos por abandono afetivo, julgados em uma Vara de Família do Sul do Brasil, Coltro et. al sustentam que os filhos envolvidos nos conflitos conjugais, naquele estudo de casos, buscaram a judicialização como um recurso de esclarecimento da situação familiar⁵⁹. Assim, apontaram a judicialização como sendo uma estratégia para chamar os genitores ao reconhecimento da lacuna aberta na relação parental. Sustentam as autoras que a psicologia jurídica é instrumento para o reconhecimento da complexidade do conflito, do bem-estar dos indivíduos envolvidos nas relações familiares, necessitando-se de uma atenção especializada. Por conseguinte, as autoras admitem a complexidade do fenômeno ao mesmo tempo que reconhecem a via da judicialização, apontando uma necessidade de acolhimento das questões emocionais dos envolvidos em uma litigiosidade no contexto judicial.

Destarte, por mais que se admita e se dê especial relevo à judicialização do abandono afetivo com a possibilidade de reparação civil, é necessário que a condução do processo administre os afetos dos sujeitos envolvidos de forma a garantir o acolhimento de questões tão sensíveis à constituição e ao desenvolvimento pessoal do afetado, permitindo para além de uma reparação monetária dos danos, uma efetiva possibilidade aos envolvidos de enfrentar a questão da ausência parental nessa relação deficitária.

Ainda, o fenômeno do abandono afetivo envolve no mínimo dois sujeitos, aquele que foi abandonado, ao menos em seu sentimento subjetivo, e aquele que abandona. Assim, é relevante perscrutar o que gera o fenômeno social, investigar as suas causas para além de seus efeitos e pensar em possíveis políticas públicas que, para além de compensar a ausência, visem a evitá-la desde sua gênese. Em um estudo de psicologia social, Sabrina Daiana Cúnico e Dorian Mônica Arpini realizaram entrevistas com pais que se tornaram ausentes após o rompimento conjugal com as mães dos filhos, investigando quais motivos levam um pai a abandonar seu filho⁶⁰.

⁵⁹ COLTRO, Beatriz Pires; GIACOMOZZI, Andréia Isabel; PEIXOTO, Karime Elizabete Bozza Gallotti. Avaliação psicológica em processos judiciais de abandono afetivo: conflitos familiares e as demandas do judiciário. *Quaderns de Psicologia*, vol. 19, n. 3, p. 287-298.

⁶⁰ CÚNICO, Sabrina Daiana; ARPINI, Dorian Mônica. Não Basta Gerar, Tem que Participar? – Um Estudo Sobre a Ausência Paterna. *Psicologia: Ciência e Profissão*, vol. 34, n. 1, p. 226-241.

Conforme o estudo, em sua maioria, os pais ausentes entrevistados relataram que a gravidez da ex-companheira não tinha sido planejada, se considerando na relação como vítimas de um “golpe da barriga”, cujo objetivo seria resgatar a relação de um possível término, e que, por esse motivo, não estabeleceram vínculos afetivos com a criança, pois, estabelecer seria “aceitar o golpe”. Além disso, o estudo diagnosticou que os pais ausentes possuíam semelhanças na sua história familiar, repetindo a situação de ausência de seus próprios pais. Com isso, defenderam a necessidade de reflexão do exercício dos papéis parentais paternos, demandando-se ações que se enfoquem no cuidado parental. Sendo assim, no contexto da dissolução conjugal, é necessário que se realize um acompanhamento por parte do Estado, a fim de evitar o abandono paterno, fomentando práticas que evitem essa ausência tão dolorosa aos afetados. Percebe-se, não apenas nos argumentos utilizados para afastar a responsabilidade civil por abandono afetivo no STJ, mas também nos argumentos dos pais ausentes, argumentos machistas que visam a legitimar situações de injustiça por meio de discursos de que a mãe da criança provoca o abandono afetivo.

Logo, por mais que não se possa obrigar a amar, é possível fomentar ações de cuidado, especialmente por meio de políticas públicas de assistência social e acompanhamento psicossocial de crianças afetadas pelo abandono. Uma das diversas ações que pode o Poder Público engendrar é a valorização das carreiras de serviço social e a criação de políticas públicas de planejamento e acompanhamento dos direitos dos menores afetados pelo abandono, desde que respeitado o direito ao livre planejamento familiar. Desse modo, é possível evitar situações que chegam até a judicialização, que é uma via legítima, ainda que custosa e desgastante para as partes envolvidas, garantindo também a mitigação dos danos decorrentes do abandono afetivo.

CONCLUSÃO

O presente estudo pôde concluir que a reparação dos danos em decorrência do abandono afetivo é fundamental, considerando que o afeto é um princípio que orienta todas as relações jurídicas no âmbito do Direito das Família. Nessa via, a partir da análise jurisprudencial, foi possível verificar que o Superior Tribunal de Justiça, em seus primeiros julgados versando sobre abandono afetivo, entendeu pela impossibilidade de responsabilização civil, e que, em 2012, em julgado paradigmático, consagrou-se a aplicação da responsabilidade civil na esfera do Direito da Família, e no que tange ao abandono afetivo, expressou-se a existência da imposição legal de cuidar. Ademais, diante das omissões no dever de cuidado, no caso concreto, houve a caracterização do dano moral *in re ipsa*.

Notou-se que predomina o entendimento na 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de responsabilização civil. Observou-se que nos acórdãos

publicados a partir de 2020, quando comparados com os datados de 2010-2019, houve um aumento nos casos em que a responsabilização civil foi, de fato, verificada. Quanto à 4ª Turma do STJ, mesmo após o julgado proferido pela Ministra Nancy Andrighi, o entendimento permaneceu no sentido de que o abandono afetivo, por si só, não é capaz de ensejar responsabilização civil. Assim, foi possível observar que em determinados casos é de fundamental relevância se considerar as peculiaridades das relações e do caso em si, a fim de responsabilizar o abandono afetivo.

No entanto, apesar da fundamentalidade da possibilidade de responsabilização civil, o fenômeno do abandono afetivo, diante de sua complexidade, envolve as facetas social e política, sendo a resposta judicial apenas uma das respostas possíveis. Com isso, buscou-se responder se a reparação civil, por si só, contribui para a solução do problema social complexo que é o abandono afetivo ou para uma mitigação substancial. Também questionou-se quanto à forma com que o abandono afetivo é julgado, indagando se ela contribui para a compensação das vítimas do fenômeno da ausência parental.

Destarte, observou-se a partir da análise social do fenômeno do abandono afetivo que: 1. pais solteiros são raros e mães solteiras são numerosas; 2. pais ausentes são frequentes e são os mais demandados judicialmente, quando em via de recurso ao STJ; e 3. mães ausentes são de baixo número e não há casos no STJ de ausência somente materna em que se tenha discutido o mérito da responsabilização da mãe e que ela tenha sido responsabilizada, em consequência. Também a partir das estatísticas, constatou-se que há uma clara influência dos fatores de gênero, classe e raça, mas que, no entanto, as mães mais afetadas pela maternidade solo e seus filhos, não possuem recursos nem visibilidade social a ponto de suas demandas serem levadas a um tribunal superior. Destarte, o problema do abandono afetivo foi tido, antes de tudo, como um problema de acesso à justiça e de invisibilidade social.

Por fim, por mais que se dê especial relevo à judicialização do abandono afetivo com a possibilidade de reparação civil, percebeu-se necessária uma condução do processo que administre os afetos dos sujeitos envolvidos de forma a garantir o acolhimento de questões tão sensíveis à constituição e ao desenvolvimento pessoal do afetado, permitindo para além de uma reparação monetária dos danos, uma efetiva possibilidade aos envolvidos de enfrentarem a questão da ausência parental nessa relação deficitária. Destacou-se ainda que, por mais que não se possa obrigar a amar, é possível fomentar ações de cuidado, especialmente por meio de políticas públicas de assistência social e acompanhamento psicossocial de crianças afetadas pelo abandono.

REFERÊNCIAS

- ALTHEIM, Roberto. *A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil*. Dissertação de mestrado da Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 175.
- AMARI, Marina; BERTOL, Eloise Caruso; KELLER, Mariana Capaverde. A responsabilização por abandono afetivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e o julgamento com perspectiva de gênero. *Perspectivas Sociais*, Pelotas, vol. 09, nº 02, p. 100-126, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/percsoc/article/view/26614>. Acesso em: 20 abr. 2024.
- 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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 21 abr. 2024.
- Brasil tem mais de 11 milhões de mães que criam os filhos sozinhas. *G1*, 12 de maio de 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2023/05/12/brasil-tem-mais-de-11-milhoes-de-maes-que-criam-os-filhos-sozinhas.ghtml>. Acesso em: 18 abr. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.374.778-RS (2013/0039924-3). Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 18 de junho de 2015. DJe 01/07/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 757.411-MG (2005/0085464-3). Relator: Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. DJe 27/03/2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial 514.350-SP (2003/0020955-3). Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 28 de abril de 2009. DJe 25/05/2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Brasília, 24 de abril de 2012. DJe 10/05/2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 1.087.561-RS (2008/0201328-0). Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 13 de junho de 2017. DJe 18/08/2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.493.125-SP (2014/0131352-4). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 23 de fevereiro de 2016. DJe 01/03/2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.557.978-DF (2015/0187900-4). Relator: Moura Ribeiro. Brasília, 03 de novembro de 2015. DJe 17/11/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 1.579.021-RS (2016/0011196-8). Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 19 de outubro de 2017. DJe 29/11/2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 766.159-MS (2015/0209174-1). Relator: Moura Ribeiro. Brasília, 02 de junho de 2016. DJe 09/06/2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 401.138-MG (2001/0198365-6). Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, 26 de junho de 2003. DJ 12/08/2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 492.243-SP (2014/0065381-8). Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 05 de junho de 2018. DJe 12/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.286.242-MG (2018/0100313-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 08 de outubro de 2019. DJe 15/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.698.728-MS (2017/0155097-5). Relator para acórdão: Ministra Nancy Andri ghi. Brasília, 04 de maio de 2021. DJe 13/05/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.887.697-RJ (2019/0290679-8). Relator: Ministra Nancy Andri ghi. Brasília, 21 de setembro de 2021. DJe 23/09/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.981.131-MS (2022/0009399-0). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 08 de novembro de 2022. DJe 16/11/2022.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. Abandono afetivo: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org). *Direito Civil Constitucional a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências*. 1. ed. Florianópolis: Conceito, 2014, v.1, p. 534.

COLTRO, Beatriz Pires; GIACOMOZZI, Andréia Isabel; PEIXOTO, Karime Elizabete Bozza Gallotti. *Avaliação psicológica em processos judiciais de abandono afetivo*: conflitos familiares e as demandas do judiciário. Quaderns de Psicologia, vol. 19, n. 3, p. 287-298.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Das implicações do abandono afetivo nas relações familiares. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 40, p. 224-242, ago. 2019, p. 227. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/76803>. Acesso em: 20 abr. 2024.

“Conheça todos os Enunciados do IBDFAM”. *IBDFAM*: Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 21 abr. 2024.

CÚNICO, Sabrina Daiana; ARPINI, Dorian Mônica. Não Basta Gerar, Tem que Participar? – Um Estudo Sobre a Ausência Paterna. *Psicologia: Ciência e Profissão*, vol. 34, n. 1, p. 226-241.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 140.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto,+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo>. Acesso em: 20 abr. 2024.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. São Paulo: Editora 34, 2003.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 14. ed. v. 5. São Paulo: SaraivaJur, 2024. p. 150.

MEDINA, Valeria Julião Silva; VIEIRA, Diego Fernandes. Abandono afetivo e os direitos da personalidade: uma releitura em face da necessidade probatória dos danos e o dever de convivência familiar. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 3, p. 29-62, jul./set. 2022, p. 42. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/724>. Acesso em: 19 abr. 2024.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil por abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 408.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A feminist analysis of child neglect cases from the Brazilian Superior Court of Justice. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 1, 20205. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/wB5k9S5CdtNzGpcgxBWKfp/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

SOUZA, Felipe de. Pais solo contam desafios na criação dos filhos: “É se redescobrir”. *CNN Brasil*, São Paulo, 13 de agosto de 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/pais-solo-contam-desafios-na-criacao-dos-filhos-e-se-redescobrir/#:~:text=O%20%C3%BAltimo%20levantamento%20feito%20pelo,uma%20frase%20costuma%20ser%20constante..> Acesso em: 18 abr. 2024.

TARTUCE, Flávio. *Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira*. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1232/Da+indeniza%C3%A7%C3%A3o+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprud%C3%Aancia+brasileira>. Acesso em: 20 abr. 2024.

VASCONCELOS, Yuamara Lúcia. Abandono afetivo parental, os limites coercitivos do direito e a judicialização do afeto. *Revista de Direito Brasileira*, vol. 26, n. 10, p. 387-409.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE: OS CRITÉRIOS LEGAIS, A DOUTRINA E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Bruna Marchesini Xavier Pedro

Eduardo Nassar Stephanes

Matheus José Boaron Campese

RESUMO

Examinam-se os critérios legais da estabilização dos efeitos da decisão que concede a tutela antecipada concedida em caráter antecedente e como a doutrina e jurisprudência entendem esses critérios. Em especial, são analisados recentes julgados do STJ que adotaram posições completamente diversas. Ao final, são trazidos argumentos das principais correntes sobre o assunto e é debatida qual a interpretação mais adequada do instituto, sob a luz da redação legal e da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: estabilização; interpretação; jurisprudência.

ABSTRACT

The legal criteria for stabilizing the effects of a decision granting preliminary injunctive relief granted in a preliminary manner are examined, as well as how doctrine and case law understand these criteria. In particular, recent judgments of the STJ (Superior Court of Justice) that have adopted completely different positions are analyzed. Finally, arguments from the main currents on the subject are presented, and the most appropriate interpretation of the institute is debated in light of legal wording and the Federal Constitution.

KEYWORDS: stabilization; interpretation; case law.

INTRODUÇÃO

Jurisdição é a função estatal relacionada à resolução de conflitos, na qual o Estado, imparcialmente, provê aos litigantes solução dita como justa¹. O direito processual civil, por sua vez, corresponde à área autônoma do Direito, responsável por regular a jurisdição, ou

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 9 ed. 2a Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993, p. 113.

seja, é instrumento que viabiliza a aplicação do direito material e a concretização da função jurisdicional.

Cândido Rangel Dinamarco aponta que a função do processo civil é a pacificação de pessoas². Não obstante, ao tratar do objetivo da jurisdição, Humberto Theodoro Júnior, valendo-se das lições de Pontes de Miranda, expõe que a satisfação da tutela jurídica apresentada ao Estado se dá com a entrega da prestação jurisdicional, ao final do processo³.

De certo modo, *a priori*, a equivocada noção de que a demanda encontra solução plena ao fim do processo é corroborada pela “cultura da sentença”, trabalhada por Kazuo Watanabe. Sinteticamente, a mentalidade jurídica formada nas academias brasileiras é direcionada à noção de que a resolução da lide é aquela fornecida pela sentença, compreendida como “(...) a solução imperativa dada pelo representante do Estado”⁴.

Para além disso, a práxis forense e a vida cotidiana, que apresenta conflitos de interesses cada vez mais complexos⁵, escancararam a indispensabilidade de um processo civil dotado de técnicas e mecanismos capazes de tutelar as diferentes necessidades do direito material, haja vista que, de acordo com o texto constitucional, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁶. Tal percepção levou ao fortalecimento da fase instrumentalista do direito processual civil.

A instrumentalidade do processo se trata de perspectiva metodológica na qual se compreende que o processo civil deve dispor de meios aptos a tutelar o direito material. Sobre a temática, Cândido Rangel Dinamarco elucidou que a referida instrumentalidade deve ser interpretada em duplo sentido:

A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento de técnica pode insensivelmente conduzir (v. nn. 34 e 35; v. ainda n. 1); o aspecto negativo da instrumentalidade

² DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, v. vol. 81/1996, p. 54 – 81, Jan - Mar / 1996, p. 5. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2526740>. Acesso em: mar. 2024.

³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, volume 1. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 33.

⁴ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Ed; 2005, p. 684-690. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7991835/mod_resource/content/0/11.%20Kazuo%20Watanabe_Cultura%20da%20Senten%C3%A7a%20e%20Cultura%20da%20Pacifica%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: Mar. 2024.

⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: O novo enfoque do art. 5º, XXXV da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, vol. 926/2012, p. 135 - 175, Dez / 2012, p. 03.

⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em: mar. 2024.

guarda, assim, alguma semelhança com a ideia de instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da efetividade do processo e conduz à assertiva de que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais” (v. nn. 34 e 36)⁷.

É exatamente a partir de tais diretrizes que o legislador brasileiro inseriu na lei processual as chamadas tutelas de urgência, isto é, gênero composto pelas medidas cautelares e pelas medidas de antecipação de tutela de mérito⁸ indispensáveis à eficiência processual na contemporaneidade. Por conseguinte, que ensina Humberto Theodoro Júnior:

No estágio atual das garantias constitucionais do processo, exercem as tutelas de urgência relevantíssimo papel tendente a promover a plenitude do acesso à Justiça e a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo. Não podem, por isso, ser vistas como simples faculdade que o juiz possa usar ou não, de maneira discricionária⁹.

De forma sintética, é possível distinguir as espécies de tutela de urgência da seguinte maneira: são cautelares aquelas de caráter conservativo, voltadas à preservação de um direito, enquanto são antecipadas as de cunho satisfativo.

Na prática, Eduardo Talamini demonstra que ambas as modalidades possuem quatro características em comum, quais sejam: (i) têm como objetivo o resultado útil do processo; (ii) são determinadas por cognição sumária; (iii) estão intrinsecamente relacionadas à instrumentalidade do processo; e (iv) possuem vigência provisória, porquanto não correspondem à resolução definitiva de mérito¹⁰. Por tais convergências que o legislador foi capaz de elaborar regime único às medidas cautelares e antecipatórias: “Se a intenção do legislador é manter tais traços, justifica-se o regramento único para ambas¹¹”.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013, p. 377.

⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. As liminares e a tutela de urgência. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*, v.5, n.17, 2002, p. 28. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_24.pdf. Acesso em: mar. 2024.

⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. As liminares e a tutela de urgência. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*, v.5, n.17, 2002, p. 52. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_24.pdf. Acesso em: mar. 2024.

¹⁰ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização de medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo (RePro)*, 209, 2012, p.16.

¹¹ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização de medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo (RePro)*, 209, 2012, p.16.

No que tange à regulação das tutelas de urgência, o Código de Processo Civil vigente superou a lógica do processualismo cientificista, admitindo requerimento de tutela diferenciada sem o intermédio de processo cautelar, tanto no procedimento comum quanto nos procedimentos diferenciados¹². Sendo assim, “o assunto tratado nos arts. 291 a 311 é o da tutela de urgência, que pode prestar tutela satisfativa ou tutela cautelar aos direitos mediante provimentos provisórios fundada em cognição sumária¹³”.

O presente estudo, entretanto, dedicar-se-á especificamente à tutela antecipada antecedente, novidade trazida pelo Código de Processo Civil 2015.

Da lei processual, depreende-se que a tutela antecipada será concedida ao litigante, caso reste demonstrada a probabilidade de direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*, CPC/2015)¹⁴. Em tais conjunturas, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “O litigante, todavia, gozará antecipadamente da mesma tutela que lhe haverá de proporcionar o julgamento final da demanda. Só lhe faltará a definitividade¹⁵”. Diferente não poderia ser, pois, novamente lembramos: a tutela antecipada tem viés satisfativo.

Contudo, a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, disciplinada pelos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil, está intimamente ligada à estabilização da tutela antecipada. Trata-se de via procedimental autônoma, na qual o demandante, diante de urgência contemporânea à propositura da ação, em petição inicial, requer a tutela antecipada e indica o pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo¹⁶. Se concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos do art. 303, § 1º, I, “o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar”. Ainda, se não houver autocom-

¹² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, Volume 2. 8a ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 211.

¹³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, Volume 2. 8a ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p.211.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

¹⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. As liminares e a tutela de urgência. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ*, v.5, n.17, 2002, p. 34. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_24.pdf. Acesso em: mar. 2024.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html.

posição, será aberto prazo para que o réu apresente contestação (art. 303, § 1º, III do Código de Processo Civil).

Todavia, ocorre que, caso a parte ré deseje evitar a estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente concedida, deverá, conforme *caput* do artigo 304 do Código de Processo Civil interpor recurso cabível: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”.

A redação do dispositivo supracitado (*caput* do artigo 304 do Código de Processo Civil) é controversa, uma vez que expressamente prevê que a estabilização da tutela antecipada antecedente somente será obtida mediante a interposição de recurso. Naturalmente, doutrina e jurisprudência assumiram posições divergentes sobre a temática.

Este trabalho, portanto, objetiva destrinchar a polêmica que permeia a referida opção do legislador, a partir da contraposição de decisões paradigmas oriundos do Superior Tribunal de Justiça e das correntes doutrinárias erigidas sobre o tema.

1. A CONTROVÉRSIA

Conforme exposto, a literalidade do *caput* do artigo 304, do Código de Processo Civil, aponta que a decisão que defere a tutela antecipada de urgência torna-se estável se dela *não for interposto o respectivo recurso*. Na prática, portanto, a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente apenas poderia ser obstada pela interposição de agravo de instrumento, pois, como ensinado por Cristina Leitão: “Em primeiro grau de jurisdição, o recurso cabível contra a decisão que defere tutela provisória é o agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, I)¹⁷”.

Inobstante à expressa redação do Código, parte da doutrina sustenta que o *caput* do artigo 304, do Código de Processo Civil, deve ser interpretado de forma ampliativa, isto é, viabilizando que qualquer manifestação do réu no sentido que não se contentou com a tutela concedida poderia evitar a estabilização. Por outro lado, a *corrente restritiva* defende a interpretação literal do comando normativo, admitindo somente a interposição de agravo de instrumento para obstar a estabilização da tutela antecipada.

De todo modo, fato é que inexistente consenso doutrinário quanto ao assunto. Outrossim, tampouco o Superior Tribunal de Justiça, encarregado de uniformizar a interpretação da lei federal infraconstitucional, definiu posição sobre o tema. Pelo contrário, conforme se demonstrará, a Corte Superior já proveu decisões favoráveis às duas correntes doutrinárias.

¹⁷ LEITÃO, Cristina. Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente: seus propósitos e requisitos. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, ano 3, número 2, agosto de 2018, p. 15.

É nesse sentido que se coloca o presente trabalho: a partir da análise da doutrina e jurisprudência sobre o tema, buscar-se-ão parâmetros que permitam melhor explicitar o quadro posto.

Portanto, inicia-se com a análise dos pressupostos legais para a estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada antecedente. Em seguida, serão analisados os entendimentos doutrinários sobre o assunto e, por fim, os precedentes do E. STJ.

2. OS PRESSUPOSTOS DO CPC/2015 PARA A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

O procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente é previsto pelo artigo 303 e seguintes do CPP/15, sendo o primeiro pressuposto da estabilização a urgência contemporânea à propositura da ação.

Portanto, ao tratar da tutela antecipada antecedente, o legislador pensou em uma situação excepcionalíssima: quando o advogado está impossibilitado de preparar a petição inicial diante da urgência e da falta de documentos, ele pode ingressar com o pedido de tutela antecipada antecedente mediante a simples “indicação do pedido de tutela final”¹⁸.

Disso se extrai que apenas a tutela antecipada requerida em caráter antecedente pode ser estabilizada, já que um dos pressupostos fixados pelo próprio CPC é a urgência contemporânea à propositura da ação, em situação excepcional.

O segundo pressuposto é que a tutela tenha sido deferida, já que a decisão que nega a tutela antecipada levará necessariamente à instauração de processo de conhecimento, com cognição exauriente.

Em terceiro lugar, apesar de parte da doutrina defender a necessidade de a tutela ser concedida liminarmente, insto é, sem a oitiva da parte contrária¹⁹, tem-se que o código não prevê essa necessidade.

Ainda, a leitura do Código indica que apenas a interposição do recurso cabível afastaria a estabilização, na forma de seu artigo 304, *caput*. Por fim, apesar da doutrina controversa sobre o assunto, entende-se que é desnecessário que o Autor tenha requerido

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*: soluções processuais diante do tempo da justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 66.

¹⁹ BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de processo civil brasileiro de 2015: (uma comparação entre Brasil, França e Itália). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, n. 273, nov. 2017, p. 26.

a estabilização da tutela em sede de inicial: basta que o Réu não tenha interposto o recurso cabível para que a tutela se estabilize.

2.1. A controvérsia doutrinária sobre os pressupostos da estabilização

Como foi tratado, do regime estabelecido pelo CPC/15 é possível extrair que **(i)** apenas na tutela antecipada antecedente pode haver a estabilização; **(ii)** o pedido de tutela antecipada deve ter sido deferido; **(iii)** é desnecessário que a tutela tenha sido deferida liminarmente; **(iv)** apenas o recurso cabível afasta a estabilização.

Contudo, a doutrina tem fixado outros parâmetros interpretativos na interpretação das normas relativas à estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Isso decorre da própria racionalidade por trás do instituto, já que ele busca tutelar as relações jurídicas em que as partes prescindem da cognição exauriente.

Em verdade, o regime da estabilização foi pensado justamente para os casos em que as partes se contentam com a tutela do direito material por meio da cognição sumária. Nesse caso, seria desnecessário forçar as partes a enfrentar o processo de cognição exauriente.

É a partir desse ponto que a doutrina passou a controverter sobre o procedimento do Código para a estabilização da tutela. Em primeiro lugar, parte da doutrina passou a entender que também seria possível a estabilização quando a tutela é concedida em caráter incidental a processo de conhecimento já em curso²⁰.

Ainda, alguns autores entendem que é necessário que a tutela tenha sido concedida liminarmente, já que a manifestação do Réu no sentido de que o direito é controvertido obstará a estabilização²¹.

Principalmente, a corrente doutrinária dominante sobre o tema entende que o “respectivo recurso” a que se refere o artigo 304, *caput*, do CPC deve ter seu sentido ampliado para significar qualquer manifestação do Réu que indique insatisfação com a tutela concedida.

A interpretação ampliativa do dispositivo é fundamentada, como foi dito, na própria racionalidade do instituto: se a estabilização é pensada justamente para os casos em que ambas as partes se contentam com a tutela provisória do direito, qualquer manifestação do Réu no sentido de que não se contentou seria suficiente para obstar a aplicação do instituto.

²⁰ THEODORO JR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*, vol. 206/2012, abr. 2012, p. 7.

²¹ BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de processo civil brasileiro de 2015: (uma comparação entre Brasil, França e Itália). *Revista de Processo*, v. 42, n. 273, nov. 2017, p. 26.

Para os que defendem essa posição, além da não interposição do recurso, seria necessário não apenas que o réu não tenha interposto o recurso cabível que obstará a estabilização, mas seria necessário que o réu não tenha manifestado qualquer tipo de intenção em continuar com a cognição exauriente.

Essa é a corrente majoritária, sendo que conta com autores como Marinoni, Mitidiero, Fredie Didier et al., Teresa Arruda Alvim et al. e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro. São diversos os argumentos que fundamentam esse entendimento, mas eles gravitam em torno de três pontos essenciais: (i) que devem ser privilegiados a ampla defesa e o contraditório²²; (ii) que seria ineficiente obrigar o réu a ingressar com nova ação quando ele expressamente manifestou interesse em continuar nos próprios autos²³ e; (iii) que o instituto deve ser interpretado sistematicamente, em conjunto com o restante do CPC e do ordenamento²⁴.

Destrinchando os argumentos, tem-se que, analisando meramente a redação legal, pode ocorrer de a tutela antecipada concedida em caráter antecedente venha a se estabilizar mesmo que o réu demonstre efetivo interesse em continuar com a cognição exauriente.

Basta pensar na hipótese em que o réu, ao invés de interpor o recurso cabível, apresenta mera manifestação em que traz argumentos contrários à tese do autor. Ora, se for adotado o entendimento estrito, o juízo não poderá continuar o processo, sendo que a decisão deverá ser estabilizada.

Nesses casos, é levantado o questionamento acerca do privilégio do contraditório e da ampla defesa: se o réu expressamente deseja continuar com a cognição exauriente, o processo deveria continuar, mesmo que não haja a interposição do recurso cabível. Assim, a não interposição de recurso, desde que demonstrada a clara intenção de continuar com o processo, não deveria resultar na extinção, já que deveria ser dada uma interpretação do instituto de maneira condizente com o restante do ordenamento. Isso porque o ordenamento é orientado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, de modo que a expressa previsão legal deveria ser interpretada de modo a permitir que a mera manifestação de vontade de continuar com o processo bastaria para obstar a estabilização da decisão.

Por outro lado, parte da doutrina adota a interpretação restritiva do artigo 304, *caput*, do CPC, sob o fundamento que, ao mesmo tempo que o processo civil é regido pelos princípios do contraditório e ampla defesa, ele também é regido pelos princípios da razoável duração do processo e efetivo acesso à justiça (sendo que todos eles decorrem do devido processo legal).

²² REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da Tutela de Urgência Antecipada Antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, vol. 244/2015, p. 167 – 192, Jun/2015, p. 04.

²³ LEITÃO, Cristina. Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente: seus propósitos e requisitos. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR* Ano 3 - Número 2 - Agosto de 2018, p. 17.

²⁴ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 95.

Sobre o primeiro ponto, Eduardo Arruda Alvim (2018) explica que do princípio do devido processo legal decorrem diversos subprincípios, dentre eles o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88), mas também da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88) e efetivo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88).

Seguindo o raciocínio, a concessão de tutelas provisórias em geral (não apenas a estabilização da tutela antecipada antecedente) seria campo de embate entre os subprincípios, já que, muitas vezes, a urgência do direito justifica sacrificar provisoriamente o contraditório e ampla defesa. Importante ressaltar que se trata de sacrifício meramente provisório do exercício do direito de defesa: ao réu é oportunizado, após a concessão da tutela, recorrer e oferecer contestação.

Para ele, mesmo na tutela antecipada antecedente, o sacrifício desses princípios é meramente provisório: a fim de garantir o contraditório e ampla defesa, o réu, além de ter a oportunidade de recorrer da decisão concessiva, tem a oportunidade de, após a estabilização, propor processo de cognição exauriente para rever a tutela, dentro do prazo de 2 (dois) anos.

Assim, de acordo com essa corrente, não haveria que se falar em interpretação extensiva, já que a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente se enquadra dentre as hipóteses em que os princípios da razoável duração do processo e efetivo acesso à justiça se sobrepõem, mesmo que provisoriamente, em relação à ampla defesa e o contraditório.

Sobre a ineficiência de obrigar o Réu insatisfeito com a tutela a ingressar com nova ação de cognição exauriente, essa corrente ressalta que (i) a estabilização da tutela é efetivamente um benefício concedido ao autor em razão da inércia do réu e; (ii) o critério para a estabilização da decisão não parece ter sido um acidente legislativo, mas a inequívoca opção do legislador.

Os defensores da interpretação restritiva argumentam que a primeira redação aprovada pelo Senado do artigo 304 do CPC/15 não fazia referência à interposição do recurso cabível, mas à impugnação do réu para obstar a estabilização da tutela²⁵.

Portanto, se tivesse sido adotada a primeira redação proposta, bastaria que o Réu tivesse se manifestado contrariamente à tutela concedida para que a estabilização fosse evitada. Contudo, antes do envio do texto à Câmara, o professor Eduardo Talamini apresentou críticas a essa redação, já que ela seria excessivamente ampla e certamente resultaria em debates doutrinários e jurisprudenciais.²⁶

²⁵ Vide artigo 281, § 2º, do Substitutivo aprovado no Senado do PLS 166/2010 e PLC 8.046/2010.

²⁶ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização de medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo (RePro)*, 209, 2012.

Para ele, caso o legislador quisesse identificar impugnação com recurso, seria necessário delimitar melhor a redação do artigo. Ao que parece, a Câmara escutou as críticas do professor, visto que explicitamente limitou a não estabilização aos casos em que o réu interpôs o recurso cabível em face da tutela concedida.

Assim, segundo essa corrente, mesmo que se repute pela ineficiência do sistema adotado, a sua alteração por parâmetros fixados doutrinariamente iria de encontro à clara opção do legislador, de maneira que não há que se falar na interpretação extensiva.

Por fim, a necessidade de uma interpretação sistemática e teleológica também é enfrentada por esses autores. Para eles, encabeçados por Humberto Theodoro Júnior²⁷ e Hermes Zanetti Junior²⁸, uma interpretação sistemática e teleológica do instituto levaria, em verdade, ao privilégio da estabilização da tutela concedida.

Isso porque o contraditório e ampla defesa não são os únicos princípios que informam o processo civil: a economia processual, o acesso à justiça e a razoável duração do processo também o orientam e devem ser sopesados quando da estabilização da tutela de urgência.

Nessa toada, a leitura do instituto a partir dos princípios informadores do processo não levaria ao privilégio da manifestação do réu, mas ao entendimento de que a tutela se estabiliza caso não seja interposto o recurso cabível.

Ambos os entendimentos já foram esposados pelo STJ, sendo que não existem perspectivas para dirimir a controvérsia. Em verdade, como será explorado, o tema já foi levado ao tribunal em duas ocasiões, sendo que na primeira vez foi adotada a interpretação extensiva e na segunda a restritiva.

2.2 A visão do STJ sobre a estabilização da tutela antecipada antecedente

A primeira ocasião em que o tema da interpretação do artigo 304, *caput*, do CPC foi levado ao STJ foi através do Recurso Especial de nº 1.760.966/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze.

Na oportunidade, estava sendo discutido caso em que houve a concessão de tutela antecipada antecedente e o réu, ao invés de interpor o respectivo recurso, apresentou peça de contestação²⁹. Assim, tendo em vista os argumentos esposados pelo réu, o juízo de origem revogou a antecipação de tutela e determinou o seguimento do feito.

²⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. v.I. São Paulo: Forense, 2024, p. 652.

²⁸ ZANETTI JR., Hermes; REGGIANI, Gustavo Mattedi. Estabilização da tutela antecipada antecedente e incidental: sugestões pragmáticas para respeitar a ideologia de efetividade do CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 284, p. 233. São Paulo, out./2018.

²⁹ A rigor, a peça apresentada não se trata de uma contestação, já que ainda não havia sido aditada a petição inicial e, em decorrência disso, ainda não havia iniciado o prazo para contestar.

A parte autora, irressignada, interpôs Agravo de Instrumento em face da decisão alegando que, tendo em vista que o réu não interpôs o recurso cabível, a tutela antecipada teria sido estabilizada.

A tese autoral foi derrotada no tribunal estadual, levando à interposição de Recurso Especial em que se alegou negativa de vigência aos artigos que tratam da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Inobstante, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade de votos, que não seria apenas o recurso cabível que afastaria a estabilização, mas qualquer manifestação do réu no sentido que não se contentou com a tutela concedida.

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. **EFETIVA IMPUGNAÇÃO** DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno.

(...)

4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença.

5. Recurso especial desprovido.

REsp n.º 1760966/SP. Terceira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Belizze. Data do julgamento: 04/12/2018. DJe: 07/12/2018³⁰.

Disso se depreende que a Terceira Turma parte do pressuposto que, antes de tudo, vale o “*animus*” do réu em impedir a estabilização da tutela. O entendimento é o mesmo

³⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n.º 1760966/SP. Terceira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Belizze. Data do julgamento: 04/12/2018. DJe: 07/12/2018.

defendido por Teresa Arruda Alvim: “em verdade, qualquer forma de oposição (v.g., contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo. Basta a resistência, a manifestação do inconformismo do réu, a qual, pode se dar não só pelo recurso³¹”.

No caso, foi dada uma interpretação sistemática e assumidamente extensiva do dispositivo legal, de forma que qualquer manifestação do réu no sentido de que não estaria satisfeito com a tutela impediria sua estabilização. Ainda, esse entendimento, em tese, privilegiaria o princípio da economia processual, já que desestimularia a interposição de agravos de instrumento e faria desnecessária a propositura de ação autônoma de cognição exauriente. Pela mesma lógica, o Ministro Marco Aurélio Belizze entendeu que não seria necessária a menção expressa de requerimento do benefício da estabilização no pedido inicial, já que seria claramente a intenção da parte ao propor a demanda na forma dos artigos 303 e 304 do CPC.

Apesar do entendimento proferido, o próprio STJ adotou posicionamento diverso, conforme se depreende a seguir.

2.3. O RESp 1797365 / RS: A adoção de uma corrente restritiva

Em que pese o entendimento da Terceira Turma, o próprio Superior Tribunal de Justiça, pela Primeira Turma, proferiu decisão em sentido contrário, por maioria de votos. Na hipótese, apesar de não ter sido interposto o recurso cabível em face da 1.ª decisão que concedeu a tutela, a parte ré não ficou inerte, tendo manifestado que não ficou satisfeita com a decisão. Inobstante, o juízo *a quo* proferiu decisão declarando a estabilidade da tutela concedida.

No julgamento do Recurso Especial 1797365/RS, o Min. Relator, Sergio Kukina, proferiu voto no sentido de que bastaria a demonstração de insatisfação com a cognição sumária para obstar a estabilização, tendo citado, inclusive, o julgado tratado anteriormente. O voto foi seguido pelo Ministro Gurgel Faria.

Contudo, a Ministra Regina Helena Costa abriu divergência para consignar que a interpretação mais apropriada do artigo 304 do CPC deveria ater-se ao texto legal. Para ela, apesar do réu não se mostrar satisfeito com a tutela concedida através da contestação, a contestação não obsta a preclusão da impugnação da decisão que concedeu a tutela. Nesse sentido, uma vez que a lei prevê os meios específicos para impugnar cada situação, não cabe o alargamento das hipóteses pela via interpretativa para admitir outros. Embora a contestação ofereça, de fato, resistência à pretensão autoral, seria impossível confundi-la com o agravo de instrumento.

³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. (coords.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 565.

Ainda, a Ministra recordou que o projeto de Código de Processo Civil apresentado pelo Senado à Câmara continha a palavra impugnação, na forma que segue: “*não havendo impugnação...*a decisão conservará sua eficácia”, e que a redação original foi alterada durante as discussões legislativas que levaram à aprovação do novo Código para abarcar apenas o recurso cabível. Portanto, o legislador expressamente teria optado por não abarcar todos os meios de impugnação da decisão, mas apenas quando interposto o recurso cabível, conforme segue: “*não for interposto o respectivo recurso*”.

O Voto da Ministra foi vencedor no julgamento do Recurso Especial 1797365/RS, tendo sido acompanhado pelos demais Ministros. O acórdão restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. IRRELEVÂNCIA.

I – Nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada, deferida em caráter antecedente (art. 303), estabilizar-se-á, quando não interposto o respectivo recurso.

II – Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária. Institutos inconfundíveis.

III – A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão.

IV – A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado – o agravo de instrumento.

V – Recurso especial provido.

REsp nº 1797365 /RS. Primeira Turma. Relator Ministro Sérgio Kukina. Relatora para o Acórdão Ministra Regina Helena Costa. Data do julgamento: 03/10/2019. DJe: 22/10/2019³².

Resta nítido, portanto, que a controvérsia, que parecia ter sido solucionada por meio do julgamento do REsp 1.760.966/SP, resta ativa, já que o próprio E. STJ manifestou em sentido contrário através do REsp 1.797.365/RS. Conforme se demonstrará mais à frente, nos parece que a interpretação mais adequada do dispositivo reside na interpretação

³² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 1797365 /RS. Primeira Turma. Relator Ministro Sérgio Kukina. Relatora para o Acórdão Ministra Regina Helena Costa. Data do julgamento: 03/10/2019. DJe: 22/10/2019.

restritiva adotada no REsp 1.797.365/RS, já que consiste na expressa e inequívoca vontade do legislador, por mais que a corrente contrária imprima argumentos relevantes.

CONCLUSÃO

Como foi demonstrado, o CPC/15 inovou no tratamento das tutelas provisórias³³, sendo que elas foram divididas em tutela de urgência (sua concessão exige a demonstração de probabilidade do direito e perigo de dano ou risco do resultado útil do processo) e de evidência (exige alta probabilidade de existência do direito).

Por sua vez, a tutela de urgência é gênero do qual são extraídas as espécies da tutela de urgência antecipada (quando há perigo de dano imediato à parte)³⁴ e cautelar (quando a espera pela sentença de mérito inviabiliza a realização do direito).

Ainda, o CPC/15 autoriza que ambas as modalidades de tutela de urgência sejam requeridas de forma incidental (quando a tutela de urgência é requerida durante o curso do processo em que houve pedido de tutela jurisdicional definitiva) ou antecedente (quando a urgência é anterior ao processo de cognição exauriente).

Existe, contudo, hipótese em que a urgência não é apenas anterior ao pedido de tutela jurisdicional definitiva, mas prescinde dela: quando as partes se satisfazem da tutela de urgência antecipada concedida em caráter antecedente.

Isso se dá pela própria natureza da tutela antecipada. Como foi visto, nela o bem da vida é concedido de imediato à parte. Assim, se as partes se satisfazem com a tutela provisória, não há necessidade de cognição exauriente pelo juízo.

Essa possibilidade de satisfação das partes com a tutela concedida simplesmente inexistente nas tutelas cautelares, já que nelas o que se visa garantir não é o bem da vida em si, mas a possibilidade de realização desse direito no futuro, após a sentença de mérito.

Também, não há que se falar na satisfação das partes com a tutela antecipada concedida em caráter incidental: nela já há processo de cognição exauriente em curso, devendo o juízo proferir sentença de mérito.

Portanto, apenas quando a urgência de fruição do bem da vida é anterior ao processo de cognição exauriente (tutela antecipada/satisfativa requerida em caráter antecedente) que às partes é concedido se satisfazerem com a tutela concedida, justamente porque apenas nessa hipótese que o bem da vida é concedido de imediato ao autor e o réu pode se contentar em deixar a situação como está.

³³ Trata-se de procedimento de cognição sumária, em que o julgador, mediante o preenchimento dos requisitos autorizadores, concede a tutela do direito antes da cognição exauriente.

³⁴ A tutela de urgência antecipada também é chamada pela doutrina de satisfativa, já que o direito é satisfeito antes mesmo da prolação de sentença de mérito.

Pensando nisso, através do artigo 303 e seguintes do CPC/15, o legislador autorizou que os efeitos da tutela antecipada concedida em caráter antecedente fossem estabilizados quando da inércia do réu em impugnar a decisão. Isso porque a inércia do réu, somada à concessão do bem da vida ao autor, caracterizaria satisfação das partes com a mera tutela provisória, sendo desnecessária a continuidade do processo.

Como se depreende, nesse regime não há a prolação de sentença de mérito sobre a questão, mas a mera concessão de tutela provisória. A consequência prática disso é que não há a formação de coisa julgada da decisão, mas se trata categoria diversa: a decisão que concede a tutela antecipada antecedente meramente tem seus efeitos estabilizados, sem coisa julgada.

O fato de não se tratar de coisa julgada tem consequências: se qualquer das partes se tornar insatisfeita com a tutela provisória concedida, ela poderá propor ação de cognição exauriente. Note-se que não se trata de ação rescisória, mas de ação que seguirá o rito comum (justamente por não haver coisa julgada sobre a questão).³⁵

Voltando à estabilização da tutela antecipada antecedente, tem-se que, para que ela ocorra, as partes não podem ter interesse na continuidade do processo. Assim, o artigo 304, *caput*, do CPC/15 exige que o réu não tenha interposto o recurso cabível em face da decisão concessiva para que ela possa ser estabilizada.

Contudo, o requisito legal suscita o seguinte ponto: apenas o recurso cabível afastaria a estabilização ou qualquer manifestação de descontentamento do Réu com a tutela resultaria na continuidade do processo?

Como foi visto, a expressa manifestação do réu gera polêmicas. Tanto doutrina quanto jurisprudência até hoje, 9 (nove) anos depois da vigência do CPC/15, digladiam sobre o tema. Em linhas gerais, são duas as correntes: (i) aqueles que reputam por uma interpretação extensiva do instituto (corrente extensiva) e (ii) aqueles que defendem uma interpretação estrita (corrente restritiva).

Ainda, ao longo do trabalho foram analisados os argumentos adotados por ambas as correntes. A corrente extensiva, como demonstrado, argumenta (i) que devem ser privilegiados a ampla defesa e o contraditório³⁶; (ii) que seria ineficiente obrigar o réu a ingressar com nova ação quando ele expressamente manifestou interesse em continuar nos

³⁵ Sobre o que acontece com a tutela estabilizada após o transcurso do prazo de 2 (dois) anos, vide: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da Tutela Antecipada e Coisa Julgada. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Org.). *Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018.

³⁶ REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da Tutela de Urgência Antecipada Antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, vol. 244/2015, junho de 2015, p. 167 - 192.

próprios autos³⁷ e; (iii) que o instituto deve ser interpretado sistematicamente, em conjunto com o restante do CPC e do ordenamento.³⁸

A corrente restritiva, por outro lado, parte da premissa que a referência ao “respetivo recurso” pelo texto legal não foi mero acaso, mas se trataria da intenção do legislador infraconstitucional ao limitar as possibilidades de impugnação da tutela concedida em caráter antecedente.

Essa interpretação decorreria, como foi demonstrado, da própria evolução do texto legislativo, já que, em um primeiro momento, havia sido utilizado o termo genérico “impugnação” e, posteriormente, a redação foi alterada para se referir apenas ao “respetivo recurso”.

Por fim, foi visto que o STJ, que deveria uniformizar o entendimento da lei federal infraconstitucional, não possui entendimento fixado ainda, já que, quando instado a decidir sobre a matéria, proferiu entendimentos em sentidos completamente diversos, o que afeta a segurança jurídica e poderia, por si só, ser objeto de análise em outro estudo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Manuel de Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ALVIM, Thereza; CARVALHO, Vinícius Bellato Ribeiro de. Requisitos para a estabilização da tutela antecipada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 303, p. 95, maio, 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, Volume 2. 8a ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ASSIS, Carlos Augusto de. A Antecipação de Tutela e a sua Estabilização. Novas perspectivas. In: BUENO, Cassio Scarpinela (coord.). *Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de processo civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, n. 273, nov. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em: mar. 2024.

³⁷ LEITÃO, Cristina. Estabilização da tutela antecipada antecedente: seus propósitos e requisitos. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR* Ano 3 - Número 2 - Agosto de 2018.

³⁸ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 95.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.html.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 1760966/SP. Terceira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Belizze. Data do julgamento: 04/12/2018. DJe: 07/12/2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 1797365 /RS. Primeira Turma. Relator Ministro Sérgio Kukina. Relatora para o Acórdão Ministra Regina Helena Costa. Data do julgamento: 03/10/2019. DJe: 22/10/2019.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria, PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 9 ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993.

COSTA, Gilberto Azevedo de Moraes. Estabilização da tutela antecipada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 332, p. 126, out. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, v. vol. 81/1996, p. 54 – 81, Jan - Mar / 1996. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2526740>. Acesso em: mar. 2024.

GRECO, Leonardo. A Tutela da Urgência e a Tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: RIBEIRO, Darci Guimarães (Org.); JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

LEITÃO, Cristina. Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente: seus propósitos e requisitos. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, ano 3, número 2, agosto de 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL: O NOVO ENFOQUE DO ART. 5.o, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *Revista dos Tribunais*, vol. 926/2012, p. 135 – 175, Dez / 2012.

MITIDIERO, Daniel. Comentários ao artigo 304 do CPC. In: ALVIM, Teresa Arruda (Org.); DIDIER JR, Fredie (Org.); TALAMINI, Eduardo (Org.); DANTAS, Bruno (Org.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle. ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 56, abr./jun. 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 244, junho, 2015.

SOUZA, Artur César de. Análise da Tutela Antecipada prevista no Relatório Final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 235/2014, p. 158 – 186.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de Novo Código de Processo Civil: a estabilização de medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo (RePro)*, 209, 2012. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/21592>. Acesso em: mar. 2024.

THEODORO JR, Humberto; ANDRADE, Érico. A Autonomização e a Estabilização da Tutela de Urgência no Projeto de CPC. *Revista de Processo*, vol. 206/2012, p. 13- 59, Abr / 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. *Revista da EMERJ*, v.5, n.17, 2002. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerjonline/edicoes/revista17/revista1724.pdf>. Acesso em: mar. 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, volume 1. 36a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al.* (coords.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Ed; 2005, p. 684-690. Disponível em: https://edis-ciplinas.usp.br/pluginfile.php/7991835/mod_resource/content/0/11.%20Kazuo%20Watanabe_Cultura%20da%20Senten%C3%A7a%20e%20Cultura%20da%20Pacifica%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: mar. 2024.

ZANETTI JR., Hermes; REGGIANI, Gustavo Mattedi. Estabilização da tutela antecipada antecedente e incidental: sugestões pragmáticas para respeitar a ideologia de efetividade do CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 284, São Paulo, out./2018.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

TEMPO E MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Alexandre Miranda Demantova

RESUMO

O presente estudo, considerando as características, os pressupostos e os requisitos para decretação de medidas cautelares no processo penal, pretende analisar a utilização das medidas assecuratórias na prática forense brasileira, principalmente na fase de investigação, de modo a verificar se a crescente aplicação dos institutos previstos na legislação, tem se dado em harmonia com dois dos mais importantes princípios regentes do processo penal: a presunção de inocência e a razoável duração do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas cautelares patrimoniais; presunção de inocência; razoável duração do processo.

ABSTRACT

This study, considering the characteristics, the rationale and the requisites to decree provisional remedies in criminal prosecution, intends to analyze the use of the patrimonial provisional remedies in the Brazilian judicial practice, mainly in the investigation phase, in order to check if the growing application of the institutes fixed in the law has been in harmony with two of the most important criminal prosecution principles: the presumption of innocence and the reasonable duration of the prosecution.

KEYWORDS: *Patrimonial provisional remedies; presumption of innocence; reasonable duration of the persecution.*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ainda que tenha gerado recentes debates a respeito de seu alcance, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a redação do dispositivo é bastante clara ao estabelecer a presunção de inocência como princípio regente do processo penal em todas as suas fases, mesmo em sede recursal, após a prolação de sentença condenatória. Em última análise, o

princípio garante que ninguém sofrerá sanção sem que se tenha o trânsito em julgado da decisão judicial que estabeleça a culpa do agente.

Já o inciso LXXVIII do mesmo artigo, incluído pela Emenda Constitucional 45/2004 que promoveu grande reforma na Constituição, garante aos jurisdicionados que o processo, não apenas o judicial, mas também o administrativo, terá duração razoável e que para isso serão empregados os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Há ainda uma terceira garantia constitucional, decorrente do princípio da presunção de inocência e que merece destaque em razão dos objetivos do presente trabalho, que é a prevista no artigo 5º, inciso LIV, da CF, segundo a qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

A interpretação conjunta das três garantias constitucionais anteriormente destacadas permitiria, em tese, a seguinte conclusão: apenas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória proferida em processo regularmente conduzido, o acusado poderá sofrer constrição em seu patrimônio, uma vez que antes disso presume-se inocente e, nessa condição, não pode ter seus bens atingidos pelo Estado-juiz.

Como se sabe, porém, a legislação penal prevê situações excepcionais em que o patrimônio do acusado poderá ser atingido durante o curso do processo, ou mesmo na fase pré-processual, de modo a garantir um resultado futuro e ainda incerto. As medidas assecuratórias ou medidas cautelares patrimoniais são os mecanismos que visam tutelar essas situações e estão previstas, essencialmente, no Capítulo VI do Título VI do Livro I do Código de Processo Penal, que trata das questões e dos processos incidentes.

Justamente por serem medidas cautelares potencialmente capazes de causar grave violações a direitos constitucionalmente assegurados, é que existem características, requisitos, finalidades e procedimentos próprios, que devem ser estritamente observados para sua decretação. É dizer, trata-se de medidas excepcionais e que, portanto, apenas excepcionalmente devem ser aplicadas, somente nos casos em que efetivamente demonstrada a adequação, necessidade e proporcionalidade da constrição patrimonial.

Não obstante, observa-se na prática forense brasileira uma crescente utilização das medidas assecuratórias, principalmente nos casos de crimes econômicos. Entretanto, em razão do anseio de promover a responsabilização criminal a qualquer custo, somado à tentativa de dar resposta imediata à sensação de impunidade que permeia grande parte da sociedade brasileira, não é raro que os institutos sejam aplicados de forma indiscriminada, acarretando uma série de violações ao regramento do sistema acusatório, recentemente positivado de forma expressa no Código Penal, em seu artigo 3º-A.

Dentre vários problemas diagnosticados na atual forma de aplicação das medidas cautelares patrimoniais, o presente trabalho pretende destacar os cada vez mais frequentes casos em que há excessiva duração de constrições decretadas na fase pré-processual, em

manifesta violação à lei e aos princípios da presunção de inocência e da razoável duração do processo, bem como das mais básicas características das medidas cautelares.

Para tanto, o estudo será dividido em 3 capítulos. O primeiro, mais breve, será destinado à descrição geral de cada uma das medidas assecuratórias previstas na legislação processual penal. No segundo serão feitos apontamentos a respeito dos princípios envolvidos na problemática abordada em cotejo com as características gerais das medidas cautelares. No terceiro e último capítulo será realizada a análise do regramento especificamente existente quanto ao prazo de duração de medidas assecuratórias decretadas antes do oferecimento de denúncia e da jurisprudência formada a partir desse regramento.

Em sede de conclusão pretende-se demonstrar a incompatibilidade entre a aplicação de medidas cautelares que se estendem indefinidamente no tempo e o sistema processual penal de matriz acusatória.

1. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS EM ESPÉCIE

As medidas assecuratórias destinam-se à tutela dos efeitos patrimoniais de eventual sentença condenatória, notadamente a reparação do dano causado pela infração penal, a perda do produto do crime ou ainda o pagamento da pena pecuniária e das custas processuais. Para o professor Gustavo Badaró, “o sistema processual penal necessita de medidas cautelares que assegurem tal resultado, nas hipóteses em que o tempo necessário para a prolação do provimento condenatório permita que a situação patrimonial do investigado ou do acusado se altere”.¹

No código de processo penal são basicamente três as medidas assecuratórias previstas entre os artigos 125 e 144-A, inseridos no Capítulo VI do Título VI do Livro I, que trata das questões e dos processos incidentes: sequestro, especialização e registro de hipoteca legal e arresto.

O sequestro, medida cautelar prevista entre os artigos 125 e 133, recai sobre bens imóveis ou móveis de origem ilícita, ou seja, adquiridos com os proventos do crime, e destina-se, principalmente, a garantir o perdimento dos bens no caso de sentença penal condenatória, podendo também servir, secundariamente, para assegurar a reparação do dano causado pela infração penal.²

Para decretação do sequestro, que pode ocorrer tanto na fase pré-processual quanto no curso do processo (inclusive após a prolação da sentença), o artigo 126 do código

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Livro eletrônico, p. RB-18.61.

² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Livro eletrônico, p. RB-18.61.

exige apenas a demonstração da existência de indícios veementes³ da proveniência ilícita dos bens e contra a sua decretação será cabível a oposição de embargos, pelo próprio acusado ou por terceiro, nos termos do artigo 130 do diploma processual penal.

A especialização e registro de hipoteca legal está prevista no artigo 134 do Código de Processo Penal e recai sobre imóveis do indiciado com origem lícita, sendo essa a distinção fundamental em relação ao sequestro. Poderá ser decretada em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes de autoria, ou seja, justa causa para a decretação.

Como destina-se a tutelar o interesse patrimonial da vítima, o código de processo penal determina que deverá ser requerida pelo próprio ofendido, mediante ingresso no processo como assistente de acusação⁴. Sintetiza o professor Eugênio Pacelli: “a hipoteca tem como alvo unicamente o patrimônio do suposto autor do fato criminoso em atenção à sua responsabilidade civil. E por isso poderá recair sobre *quaisquer* imóveis, desde que suficientes para garantir a futura recomposição dos danos, bem como o pagamento das custas e despesas processuais”.⁵

Assim como a hipoteca legal, o arresto de bens móveis previsto no artigo 137 do Código de Processo Penal também recai sobre bens de origem lícita. Quanto a este instituto, dentro do que se propõe o presente trabalho, vale destacar apenas que se trata de medida subsidiária, uma vez que a legislação prevê que somente será aplicada “se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente”.

É importante mencionar que também há medidas assecuratórias previstas na legislação penal especial, como é o caso da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1988, artigo 4º), da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006, artigo 60) e do Decreto-Lei nº 3.240/1941, que trata especificamente do sequestro de bens em caso de crimes que causem prejuízo à fazenda pública, entretanto, em linhas gerais, não se distanciam do regramento previsto no Código de Processo Penal.

As brevíssimas considerações anteriores já permitem que se perceba que cada uma das medidas cautelares patrimoniais possui requisitos, finalidades e procedimentos próprios. Talvez a mais importante distinção entre elas consista na proveniência dos bens que se pretende indisponibilizar, uma vez que servirá de baliza para a demonstração do preenchimento dos demais requisitos legais.

³ A expressão é criticada por parte importante da doutrina, uma vez que se trata de conceito jurídico indeterminado e que, nas palavras de Aury Lopes Jr., “encontrará sentido naquilo que quiser lhe dar o julgador, com um imenso custo em termos de ineficácia de direitos fundamentais do réu”. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 934.

⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 943.

⁵ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 276.

Nesse sentido, nunca é demais ressaltar que o princípio da legalidade é o alicerce do direito penal e que, assim sendo, as medidas assecuratórias somente podem ser decretadas nos estritos termos da lei.

Não obstante, a utilização desarrazoada das medidas assecuratórias em muitas vezes resulta na inobservância dos requisitos legais e na transformação das medidas previstas na legislação processual penal em institutos fungíveis entre si, ao arrepio de qualquer previsão legal nesse sentido. Sobre o tema é precisa a crítica do professor Guilherme Brenner Lucchesi:

Nem mesmo os parâmetros de imposição dessas medidas são claros, em razão da utilização de medidas *amorfas* ou *genéricas* criadas pela prática forense no lugar da aplicação das medidas cautelares típicas estabelecidas pela lei processual penal. (...). Não é incomum a decretação de medidas estranhas às expressamente previstas na lei processual penal – “bloqueio” e “indisponibilidade” – e a invocação do sequestro e do arresto de forma indistinta – “sequestro/arresto” e “arresto e sequestro”. O uso de medidas *inominadas* e de medidas *indefinidas* viola a *tipicidade* e a *taxatividade*, atributos inerentes a qualquer medida cautelar penal. Diferentemente do processo civil, a legislação processual penal brasileira não contempla juiz com *poder geral de cautela* que autorize a decretação de medidas constritivas fora das hipóteses previstas em lei.⁶

Conhecidas as medidas assecuratórias em espécie e a crítica feita a sua utilização em dissonância com os requisitos legais, cumpre agora analisar como pode se dar a existência dos institutos de natureza cautelar, principalmente os que restringem o exercício de direitos fundamentais, dentro da lógica do processo penal de matriz acusatória, considerando, para tanto, dois de seus principais princípios norteadores: a presunção de inocência e a razoável duração do processo.

2. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E MEDIDAS CAUTELARES

O art. 3º-A do Código de Processo Penal, incluído na legislação processual através da Lei nº 13.964/2019, estabelece que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

⁶ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Por uma teoria das medidas cautelares patrimoniais no processo penal. *Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*. [S.l.], 08 abr. 2021. Disponível em https://ibdpe.com.br/ptmc/?mc_cid=7b9896f564&mc_eid=37b105fde1. Acesso em: 22 abr. 2024.

Em linhas gerais, o sistema acusatório contrapõe-se ao sistema inquisitivo, que se caracteriza por ser um modelo autoritário que muito pouco se preocupa com direitos do acusado e que tem como principal objetivo a utópica busca pela verdade real, ao custo que for, admitindo-se a adoção de “quaisquer meios aptos para que seja alcançada”.⁷

Ainda que apenas em 2019 o sistema processual de matriz acusatória tenha sido expressamente positivado em lei, parcela substancial da doutrina brasileira há anos defende a necessidade de sua aplicação ao processo penal pátrio, em razão dos princípios e garantias asseguradas aos cidadãos pela Constituição Federal de 1988.⁸

Fala-se, então, em um processo penal conforme a Constituição, manifestamente incompatível com dispositivos legais de natureza inquisitorial ainda vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e que possibilitam, por exemplo, a iniciativa do juiz no processo, como é o caso do art. 127 do CPP que permite que o sequestro de bens seja decretado de ofício pelo magistrado.⁹

Lembre-se que para ser decretado o sequestro exige a demonstração de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126, CPP). Ou seja, a possibilidade de sua decretação de ofício, em última análise, impõe ao próprio magistrado o ônus de produzir a prova, ainda que indiciária, da proveniência ilícita dos bens, requisito necessário à decretação da medida cautelar.

A crítica a esse e a outros dispositivos que permitem a atuação de ofício do juiz tem como fundamento o fato de que uma das características mais elementares do sistema acusatório é a obrigatória separação das funções de julgar e de acusar, sendo vedada, portanto, a iniciativa probatória do juiz. Nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “para o processo penal ser devido, as partes devem ocupar o lugar que a CR destinou para elas e, assim, não faz qualquer sentido o juiz ter a iniciativa da prova (como se fosse ônus processual seu), mormente em favor da acusação e contra o réu ou mesmo vice-versa”.¹⁰

Além da questão ligada à gestão da prova, a presunção de inocência e o devido processo legal com todos os seus alicerces, dentre os quais, para os fins do presente trabalho, destaca-se a garantia de que terá razoável duração, são características elementares do sistema acusatório que contém expressa previsão constitucional.

⁷ AMARAL, Thiago Bottino do. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 23.

⁸ GUEDES, Néviton. A constitucionalização do direito penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. *Código de Processo Penal – Vol. 1*. Ed. 2022. [S.l.]: Thomson Reuters Brasil. Livro eletrônico.

⁹ Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Volume 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 237.

A presunção de inocência, princípio fundamental do processo penal, está prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988. Trata-se de uma regra a ser observada durante todo o curso do processo e que “implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença fundamentada”.¹¹

Uma das garantias vinculadas à presunção de inocência é a de que o acusado não será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, conforme estabelece o inciso LIV do mesmo art. 5º da Constituição.

E, para que o devido processo legal seja efetivamente observado, é necessário que sua tramitação se dê em prazo razoável, conforme assegura o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Até porque, à toda evidência, a presunção de inocência não se compatibiliza com um processo moroso, sujeitando o acusado a todas as consequências negativas decorrentes do fato de responder a um processo criminal. Sobre o tema, é preciso o ensinamento do professor Aury Lopes Jr.:

Quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. E esse apossamento ilegal ocorre ainda que não exista prisão cautelar, pois o processo em si mesmo é uma pena. (...). Mas a questão da dilação indevida do processo também deve ser reconhecida quando o imputado está solto, pois ele pode estar livre do cárcere, mas não do estigma e da angústia. É inegável que a submissão ao processo penal autoriza a ingerência estatal sobre toda uma série de direitos fundamentais, para além da liberdade de locomoção, pois autoriza restrições sobre a livre disposição de bens, a privacidade das comunicações, a inviolabilidade do domicílio e a própria dignidade do réu. (...). O processo penal encerra em si uma pena.¹²

Portanto, nas palavras de Adriano Bretas, “a necessidade de se estipular prazos razoáveis para o decurso de um processo penal” se dá “para minimizar suas atrozidades marcas na vida do acusado”.¹³ Evidentemente que tais marcas são ainda mais profundas quando o acusado responde ao processo, ou mesmo aguarda o deslinde de investigação sem que sequer haja acusação formal, privado de seus bens por força de uma medida cautelar.

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, Volume 1. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 194.

¹² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 84-85.

¹³ BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *O excesso de prazo no processo penal*. Curitiba: JM Editora, 2006, p. 45.

É importante destacar ainda, diante da possibilidade de decretação de medidas assecuratórias na fase pré-processual, que a jurisprudência dominante do STF expressamente prevê que a garantia da razoável duração do processo aplica-se também aos inquéritos em curso.¹⁴

Ocorre que, se por um lado o princípio da presunção de inocência garante que ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal, que para assim ser considerado deve ter uma duração razoável, por outro, a legislação infraconstitucional expressamente prevê a possibilidade de decretação de medidas cautelares patrimoniais como instrumentos de gestão do risco de um resultado futuro e incerto, que representam grave limitações ao exercício de direitos constitucionalmente assegurados.

Sobre o tema, Antônio Magalhães Gomes Filho escreve que “mesmo com sacrifício de valores considerados essenciais à realização da justiça, em certos casos, o legislador se vê compelido a admitir essa antecipação, pois a demora exigida para a solução do conflito pelas vias normais arriscaria tornar inócua a decisão definitiva”.¹⁵

Assim, a questão proposta no presente trabalho consiste em encontrar a melhor forma de compatibilizar a existência das medidas assecuratórias, por vezes necessárias à efetividade da prestação jurisdicional penal, com os direitos fundamentais do acusado de ser considerado inocente e de ser processado em tempo razoável, principalmente nos casos em que as medidas cautelares são decretadas sem que sequer tenha havido o oferecimento de denúncia, conforme possibilita a legislação.

Trata-se de tema importante, uma vez que, conforme bem sintetiza Guilherme Madeira Dezem, “as medidas cautelares constituem um dos temas fundamentais do processo penal. A forma como se lida com este tema é forte indicativo do modelo processual penal de um país. (...), a forma como o sistema responde a questões urgentes indicará a maior ou menor prevalência dos direitos fundamentais na sociedade”.¹⁶

O ponto de partida da análise proposta é o reconhecimento da absoluta excepcionalidade das medidas cautelares patrimoniais, conforme constatado por Larissa Leite em

¹⁴ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Petição 8.186/DF. Requerente: Eunício Lopes de Oliveira. Requerido: Ministério Público Federal. Relator do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755500144>. Acesso em: 23 abr. 2024; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Inquérito 4.441/DF. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Daniel Elias Carvalho Vilela. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 20 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436708/false>. Acesso em: 23 abr. 2024.

¹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais: comentários ao art. 282 do cpp, na redação da lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas* - comentários à lei 12.403/2011, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 15-51.

¹⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Livro eletrônico, p. RB-10.31.

sua dissertação de mestrado: “a utilização das medidas cautelares (assim como qualquer outra medida de urgência) está limitada a um perfil bem delineado de excepcionalidade, haja vista que através delas se permite uma invasão prematura a direitos individuais, tais como o patrimônio e a liberdade pessoal de ir e vir”.¹⁷

E é justamente por serem medidas excepcionais, ou seja, como regra não devem ser aplicadas, que sua decretação exige a efetiva demonstração de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, pressupostos de toda e qualquer medida cautelar. Diferentemente do que ocorre em relação às prisões cautelares (onde se trabalha com *fumus commissi delicti*), não há problema na importação de categorias do direito civil, tendo em vista o aspecto essencialmente patrimonial das medidas assecuratórias.¹⁸

Como se sabe, o *fumus boni iuris* relaciona-se com a probabilidade do direito alegado, ou seja, na existência de provas ou, quando menos, de fortes indícios da prática do crime e de sua autoria e, ainda, a depender da medida cautelar a ser decretada, da proveniência ilícita dos bens cuja indisponibilidade se pretende.

O *periculum in mora*, por sua vez, relaciona-se com o risco de ineficácia do provimento final (aspectos patrimoniais da sentença condenatória) em razão do decurso do tempo, impondo o seu acautelamento. Ocorre, por exemplo, nos casos em que há evidências de que o investigado estaria adotando medidas visando blindar ou desfazer-se de seu patrimônio.

Entende-se que os dois requisitos sempre devem ser demonstrados para a imposição de medida cautelar. Entretanto, a jurisprudência tem admitido a presunção do *periculum in mora*,¹⁹ bastando a demonstração do *fumus boni iuris*.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, além da já citada excepcionalidade, diretamente relacionada com a limitação ao exercício de direitos fundamentais inerente às medidas cautelares, destaca-se as seguintes características das medidas cautelares: legalidade (necessidade de expressa previsão legal), acessoriedade (a tutela cautelar não é um fim em si mesmo), provisoriedade (seus efeitos perduram até a superveniência de um evento sucessivo) e proporcionalidade (a restrição deve restringir os direitos do acusado

¹⁷ LEITE, Larissa. Sociedade de risco e estado democrático de direito: uma análise das medidas patrimoniais de urgência no direito processual penal brasileiro. 2008. 283 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

¹⁸ NICOLITT, André Luiz. *Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares*. 1. ed. em ebook baseada na 2 impressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro eletrônico.

¹⁹ Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Sétima Turma. Apelação Criminal nº 5020767-98.2019.4.04.7100. Apelantes: Jaime Martins Machado e Laura Sonia Desiderio Monzon. Apelado: Ministério Público Federal. Relator do acórdão: Juiz Federal Danilo Pereira Junior. Porto Alegre, RS, 6 de julho de 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002492337&versao_gproc=12&crc_gproc=7e83d093. Acesso em: 23 abr. 2024.

apenas até o limite em que se vincule ao provimento final acautelado), relacionadas pelo professor Gustavo Badaró.²⁰

Conhecidos os pressupostos e algumas características das medidas cautelares, é preciso identificar, por fim, os requisitos necessários à sua decretação. Em considerações um pouco mais voltadas aos atos administrativos, mas que entendemos perfeitamente aplicáveis às decisões judiciais necessárias à aplicação das medidas assecuratórias (princípio da jurisdicionalidade), os autores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery citam cinco requisitos apontados pela doutrina cuja observância cumulativa é obrigatória para a restrição de direitos fundamentais:

A doutrina aponta o rol de cinco requisitos, cuja cumulação é necessária, para se autorizar a restrição a direitos fundamentais: **(a)** a restrição deve estar constitucionalmente autorizada, que qualquer restrição a direito fundamental necessariamente precisa ter fundamento constitucional, não basta apenas o fundamento legal infraconstitucional. Ainda que a restrição possa ser feita legislativamente, seu fundamento, necessariamente, deverá ser algum dispositivo constitucional que autoriza a referida restrição. (...); **(b)** a limitação deve ser proporcional. Toda limitação a direito fundamental deverá ser proporcional, mas especificamente precisará observar a proibição de excesso, a fim de impedir que a restrição ao direito fundamental culmine no aniquilamento daquele direito; **(c)** restrição deve atender ao interesse social, privilegiando assim outros direitos fundamentais (...); **(d)** o ato do poder público que restringe direito fundamental deve ser exaustivamente fundamentado. (...). A discricionariedade não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez que todo ato do Poder Público, principalmente aquele restritivo de direitos, deve ser amplamente fundamentado, expondo com exaustão os fundamentos fático-jurídicos a fim de demonstrar porque aquela escolha da Administração Pública é a melhor possível; **(e)** o ato do poder público que restringe direito fundamental pode ser amplamente revisado pelo Poder Judiciário, em razão dos fundamentos principais (...) é tarefa do próprio Judiciário examinar se existe ilegalidade e principalmente a (in)constitucionalidade do citado ato.²¹

Dos requisitos anteriormente indicados, o que talvez mereça maior destaque é a necessidade de exaustiva fundamentação da decisão que autoriza a restrição a direitos fundamentais, como é o caso da decretação de medidas cautelares patrimoniais. É justamente através da fundamentação que será demonstrado o preenchimento dos pressupostos e o respeito às características de cautelaridade, de modo a evidenciar a efetiva necessidade, proporcionalidade e adequação de medidas constritivas no caso concreto.

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Livro eletrônico, p. RB-18.2-RB18.9.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 227.

A possibilidade de ampla revisão do ato pelo Poder Judiciário anteriormente elencada pelos autores, relaciona-se diretamente com a cláusula *rebus sic stantibus* (conforme o estado das coisas) e permite que a constrição patrimonial seja revista sempre que houver mudança nas circunstâncias fático-jurídicas existentes quando da sua decretação (provisoriamente).

Inclusive, não se pode descartar a aplicabilidade às medidas assecuratórias da regra recém-positivada no parágrafo único do art. 316 do CPP, que em relação à prisão preventiva estabelece a obrigatoriedade de revisão periódica da necessidade de sua manutenção, a cada 90 dias, sob pena de tornar a prisão ilegal.

A lógica a ser observada é rigorosamente a mesma: os fatos que conduziram à decretação da constrição patrimonial devem permanecer inalterados para que a manutenção da medida cautelar seja legítima. Por isso, é importante que periodicamente revise-se a decisão que determinou a indisponibilidade de bens, de modo a verificar se as circunstâncias inicialmente existentes permanecem idênticas, pois só assim a medida assecuratória poderá ser mantida, respeitando-se a cláusula *rebus sic stantibus*, inerente a toda e qualquer medida cautelar.²²

Do mesmo modo, a necessidade e a adequação da manutenção de medidas cautelares patrimoniais decretadas no curso do processo, ou mesmo na fase pré-processual, também deverá ser objeto de revisão quando da prolação da sentença.

Se absolutória, as medidas assecuratórias devem ser imediatamente levantadas, em razão do que dispõe o art. 386, parágrafo único, II, do CPP. Se condenatória, é preciso que se faça uma ponderação entre a cautelar vigente e a condenação, de modo a verificar se há proporcionalidade e referibilidade, determinando-se o levantamento daquilo que se mostrar excessivo, desproporcional ou inadequado.

As sucintas considerações feitas até aqui indicam que para que uma medida cautelar possa ser decretada no âmbito de um modelo de processo penal de matriz acusatória, que respeite princípios e garantias constitucionalmente asseguradas, uma série de etapas deve ser vencida, de modo a demonstrar não apenas o cabimento, mas também a efetiva necessidade de sua aplicação no caso concreto, que deve sempre ser revista quando surgirem novos elementos relevantes.

É justamente por isso que medidas assecuratórias que se estendem indefinidamente no tempo, sem qualquer perspectiva de que o provimento final que visam acautelar venha a ocorrer, como é o caso daquelas decretadas na fase de investigação, não podem coexistir com um sistema processual penal de matriz acusatória, uma vez que violam a um só tempo

²² Não obstante essas considerações, é preciso mencionar que a jurisprudência tem interpretado a regra do art. 316, parágrafo único, do CPP de modo bastante restritivo, até mesmo em relação à própria prisão preventiva, o que certamente representa um óbice ao reconhecimento da plena aplicabilidade prática do dispositivo ao regime das medidas cautelares patrimoniais.

o princípio da razoável duração do processo, o direito à propriedade e, ao fim e ao cabo, a presunção de inocência, transformando a medida cautelar em pena em si mesmo.

3. A REGRA DO ART. 131, I, DO CPP E SUA PERIGOSA RELATIVIZAÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA

Como visto, as características das medidas cautelares no processo penal e os requisitos necessários a sua decretação são incompatíveis com restrições que perduram indefinidamente no tempo, uma vez que não se coadunam com um modelo processual penal regido pelos princípios da presunção de inocência e da razoável duração do processo, sendo claro que o particular não pode ter seu direito à propriedade restringido *ad eternum*, mormente nos casos em que a constrição de bens se dá na fase investigatória.

Mesmo antes de se falar em um processo penal conforme a constituição ou mesmo em sistema acusatório, visando justamente impedir situações de indefinição do prazo de duração de medidas assecuratórias decretadas na fase pré-processual, o legislador previu no Código de Processo Penal a regra do art. 131, I, segundo a qual o sequestro será levantado se a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias, contado da data em que ficar concluída a diligência.

Em primeiro lugar, não obstante tratar especificamente do sequestro, nos parece certo que a lógica do dispositivo em questão deve ser aplicada também às outras medidas assecuratórias previstas na legislação e a toda e qualquer indisponibilidade de bens quando decretada antes do oferecimento da denúncia, a partir da interpretação sistemática do código.

A regra é bastante clara e adequada ao estabelecer um prazo certo e definido para que as autoridades responsáveis concluam a investigação nos casos em que há constrição de bens do investigado. Garante-se, assim, que o procedimento voltado a encontrar provas de materialidade e indícios de autoria necessários à formulação de acusação terá duração razoável ou, pelo menos, que não irá privar o acusado de seus bens, caso não seja concluído no prazo legalmente estabelecido. Na sempre precisa lição de Guilherme Madeira Dezem:

O legislador fixou a medida como forma de pressionar o estado a decretar o sequestro apenas em hipóteses em que o inquérito já estivesse bem avançado ou, então, caso decretado desde o início este prazo serviria como forma de pressionar o membro do Ministério Público a oferecer a denúncia. É de se observar: se o inquérito avança já há muito tempo sem que tenha sido oferecida a denúncia algo está errado no desenvolvimento deste inquérito. É preciso que as partes no processo penal tenham autorresponsabilidade e também o Poder Judiciário deve impor as sanções previstas em lei em caso de falha dos sujeitos do processo.²³

²³ DEZEM, Guilherme Mader. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Livro eletrônico, p. RB-10.31.

O prazo do art. 131, I, é superior ao prazo de 30 dias para conclusão do inquérito, previsto no art. 10 do CPP, que expressamente pode, entretanto, ser prorrogado para ulteriores diligências quando o fato for de difícil elucidação, nos termos do §3º do mesmo artigo. Inclusive, Guilherme de Souza Nucci anota que o prazo do art. 10 dificilmente é observado na prática e que os constantes pedidos de prorrogação têm sido praxe em razão do “excessivo número de inquéritos em andamento, com flagrante carência de recursos materiais e humanos, tornando inviável o bom trabalho da polícia judiciária”.²⁴

Contudo, considerando que as medidas assecuratórias se tratam de medidas excepcionais, que representam grave restrição ao direito de propriedade do investigado, diferentemente do que ocorre em relação ao prazo de duração do inquérito, não há previsão legal da possibilidade de prorrogação do prazo de 60 dias para o oferecimento de denúncia nos casos em que há anterior decretação de sequestro de bens no curso da investigação.

Ou seja, nos termos da lei, decorrido o prazo de 60 dias da conclusão da diligência de bloqueio patrimonial sem que a ação penal tenha sido intentada, a restrição de bens do investigado deve ser levantada, sem possibilidade de prorrogação, independentemente da continuidade das investigações.

Importante mencionar que quando a constrição patrimonial for decretada com base no Decreto-Lei nº 3.240/1941, que trata especificamente do sequestro de bens nos crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, o prazo para que a ação penal seja intentada é ainda superior, de 90 dias, nos termos do art. 6º, 1, c/c art. 2º, §1º.²⁵

Como se trata de legislação especial deve ser aplicada em detrimento do prazo previsto na legislação geral. Não se desconhece a crítica feita à própria possibilidade de aplicação do Decreto-Lei nº 3.240/1941 em razão de sua revogação pela superveniência do Código de Processo Penal, defendida por parcela da doutrina, entendimento do qual compartilhamos.²⁶ Contudo, considerando que as cortes pátrias ainda admitem sua aplica-

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 92.

²⁵ Art. 2º O sequestro é decretado pela autoridade judiciária, sem audiência da parte, a requerimento do ministério público fundado em representação da autoridade incumbida do processo administrativo ou do inquérito policial.

§ 1º A ação penal terá início dentro de noventa dias contados da decretação do sequestro.

Art. 6º Cessa o sequestro, ou a hipoteca:

1) se a ação penal não é iniciada, ou reiniciada, no prazo do artigo 2º, parágrafo único;

²⁶ Nesse sentido são pertinentes as conclusões adotadas por Claudia da Rocha e Marlus Arns de Oliveira ao criticarem o regime mais gravoso previsto no Decreto-Lei nº 3.240/1941: “Oportuna a conclusão de que o Decreto-Lei 3.240 foi revogado pelo Decreto-Lei 3.689, devendo ser aplicados os requisitos dispostos nos artigos 125 e 126 da Lei Processual Penal. (...) A revogação do Decreto Lei nº 3.240/1941 pode também ser verificada sob o prisma dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade numa perspectiva constitucional. (...) Não é razoável, tampouco proporcional, que os investigados por crimes, que supostamente foram praticados com prejuízo para a fazenda pública, sofram medidas mais gravosas que os demais investigados”. ROCHA, Claudia da; DE OLIVEIRA, Marlus Arns. *Medidas cautelares reais – reflexões quanto ao sequestro de bens nos crimes com prejuízo à fazenda pública*

ção, entende-se que, enquanto o entendimento prevalecer, não há possibilidade legal de se afastar a observância do prazo superior nela expressamente previsto.

Ocorre que a jurisprudência pátria caminhou no sentido de relativizar também esses prazos, tido como não peremptórios²⁷, possibilitando que medidas assecuratórias decretadas na fase investigatória perdurem por tempo muito superior àquele previsto no art. 131, I, do CPP. O principal argumento utilizado para a construção desse entendimento é o de que o princípio da razoabilidade impediria o rigor matemático na contagem do prazo, principalmente quando se trata de investigação complexa.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO EPAGOGÉ. PROCEDIMENTO DE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS. CRIME PREVISTO NO ART. 90 DA LEI 8.666/93. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PRAZO PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA: NÃO PEREMPTÓRIO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Havendo diversos indícios que apontam para a materialidade e a autoria do delito, impõe-se a manutenção da decisão que decretou a medida assecuratória de arresto em face dos apelantes, restando debelado o argumento que alega a ausência do *fumus commissi delicti*.

2. Embora os artigos 131, inciso I, do Código de Processo Penal estabeleça que a o seqüestro deverá ser levantado, se a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias, contado da data em que ficar concluída a diligência; e, no mesmo quadrante, o artigo 2º, parágrafo 1º, do Decreto Lei 3.240/41, estabeleça que a ação penal terá início dentro de noventa dias contados da decretação do sequestro, esses prazos não devem ser interpretados à luz da exatidão matemática.

3. Deve ser afastada a alegação de excesso de prazo da medida cautelar, uma vez que a investigação em testilha é de elevado grau de complexidade, envolvendo numerosos investigados, a oitiva de muitas testemunhas, produção de perícias e, ainda, os atrasos decorrentes da pandemia do COVID-19. Tais fatores justificam, por ora, a não propositura da ação penal, dentro do prazo legalmente previsto no artigo 131, I, do Código de Processo Penal.

4. Recurso desprovido.²⁸

– revogação do decreto-lei nº 3240/1941 – necessária aplicação dos princípios do contraditório, da proporcionalidade e da razoabilidade. Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico. [S.l.], 06 abr. 2021. Disponível em: <https://ibdpe.com.br/mcrr/>. Acesso em: 22 abr. 2024.

²⁷ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 429.

²⁸ TRF4, ACR 5019790-81.2020.4.04.7000, Sétima Turma, Relator para acórdão Juiz Federal Guilherme Beltrami, juntado aos autos em 17/03/2021. Nesse mesmo sentido há diversos os precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: Apelação Criminal nº 5033712-83.2020.4.04.7100, Apelação Criminal nº 5009443-62.2015.4.04.7000, sendo raríssimos, por outro lado, os casos em que reconhecida a ausência de razoabilidade na duração indefinida de medidas cautelares patrimoniais decretadas na fase de investigação: Apelação Criminal nº 5006441-74.2021.4.04.7000.

Não é outro o entendimento em relação ao sequestro decretado com fulcro no Decreto-Lei nº 3.240/1941:

Prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o prazo previsto no Decreto-Lei n.º 3.240/1941 não é peremptório, sendo possível seu elastecimento a depender das particularidades do caso concreto. Assim, revela-se legítimo o alargamento do prazo, uma vez que “se tratava de procedimento investigatório complexo que apura diversos crimes de particular elucidação, com a dificultosa colheita e análise de todos os elementos probatórios”.²⁹

Entretanto, além da já destacada ausência de qualquer previsão legal no sentido de possibilitar a prorrogação do prazo (tanto no CPP, quanto no Decreto-Lei nº 3.240/1941), entende-se que o princípio da razoabilidade deve sempre ser interpretado a favor do investigado, de modo a não se considerar razoável qualquer restrição ao exercício de direitos fundamentais que perdure por prazo superior àquele previsto em lei.

Inclusive, ainda que se admita alguma flexibilização do prazo, em situações excepcionais, cujas particularidades devem ser exaustivamente demonstradas, em muitos casos o que ocorre é uma mitigação manifestamente exagerada³⁰, sujeitando o investigado a permanecer anos a fio com seu patrimônio bloqueado sem nem sequer responder formalmente a processo criminal.

Além disso, não são raras as situações em que a suposta complexidade da investigação é utilizada como argumento absolutamente genérico, sem que se faça qualquer detalhamento dos atos efetivamente praticados ou cuja prática seja necessária no curso do inquérito que exijam maiores esforços das autoridades por eles responsáveis.

Entende-se que, para preservar os direitos do investigado, a alegada complexidade da investigação, a justificar a demora na conclusão do inquérito, deveria ser considerada antes da decretação da medida assecuratória, de modo que somente ocorresse quando a apuração já estivesse em estágio avançado, próximo da conclusão.

A possibilidade de manutenção de medidas cautelares patrimoniais decretadas na fase pré-processual por prazo superior ao previsto em lei, muitas vezes representa, ainda, violação ao princípio da presunção de inocência, invertendo o ônus probatório, ao exigir que o investigado prove a origem lícita de bens, mesmo quando contra ele não exista qualquer acusação formal, ou seja, quando inexistem provas da materialidade do crime investigado ou indícios de sua autoria.

²⁹ Trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca no julgamento do recurso especial nº 1.902.430/DF, publicada no DJe do dia 24 de agosto de 2021.

³⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacarias; BADARÓ, Gustavo Henrique. Código de processo penal comentado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Livro eletrônico, p. RL-1.23.

Por fim, há também risco de irreversibilidade da medida cautelar com vocação *ad eternum* nos casos em que a constrição recai sobre bens móveis, por exemplo, veículos, que têm reconhecida tendência de desvalorização. Nestes casos, quanto mais longo for o período de duração da medida assecuratória, maior será o prejuízo ao investigado.

Como visto no capítulo anterior, a cláusula *rebus sic stantibus* impõe a revisão periódica dos fatos em razão dos quais foram decretadas medidas assecuratórias. Em que pese a questionável presunção do *periculum in mora*, largamente admitida pela jurisprudência, é inegável que a demora excessiva na investigação afasta o pressuposto do *fumus boni iuris*, em razão da ausência de elementos concretos a confirmar a suspeita inicialmente aventada.

Com efeito, se não há oferecimento de denúncia é porque não foram encontradas provas da materialidade do crime ou indícios suficientes de sua autoria. Não há, assim, justa causa para a persecução penal do investigado. Portanto, a ausência de confirmação dos indícios existentes quando da decretação da medida cautelar, principalmente quando decorrido longo período de tempo, representa mudança na situação fática inicialmente existente, justificando o levantamento de medidas cautelares patrimoniais decretadas na fase pré-processual.

Vê-se, portanto, que a relativização do prazo do art. 131, I, do CPP pela jurisprudência das cortes brasileiras é extremamente perigosa ao abrir brechas para a decretação (e manutenção) desarrazoada e sem a imprescindível fundamentação de medidas cautelares patrimoniais, por natureza restritivas de direitos fundamentais, em desconformidade com as regras expressamente previstas na legislação vigente e com os princípios mais elementares do processo penal.

CONCLUSÃO

A decretação de medidas cautelares patrimoniais em um sistema processual preocupado com garantias e direitos individuais deve se dar nos estritos termos da lei e em harmonia com os pressupostos, características, procedimentos e requisitos de regência, uma vez que consistem em medidas que representam graves restrições ao pleno exercício de direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

Dentre esses direitos destacam-se a presunção de inocência e a garantia da razoável duração do processo, positivados na Constituição Federal de 1988 e incompatíveis com a existência de medidas assecuratórias que perduram indefinidamente no tempo, especialmente nos casos em que sequer há acusação formal contra o particular cujo patrimônio se pretende bloquear.

A atual legislação brasileira sobre a matéria, ainda que ultrapassada, expressamente prevê que nos casos em que medidas assecuratórias sejam decretadas na fase de

investigação devem ser levantadas se a ação penal não for intentada no prazo de 60 dias. Não há na lei qualquer previsão que possibilite a prorrogação desse prazo.

Não obstante, a jurisprudência das cortes brasileiras relativizou o prazo de 60 dias, utilizando o princípio da razoabilidade contra os interesses do investigado, de modo a permitir que medidas cautelares patrimoniais impostas antes do oferecimento da denúncia possam perdurar por prazo muito superior ao previsto em lei, por vezes por tempo manifestamente exagerado, se as circunstâncias do caso concreto, dentre as quais se destaca a recorrente alegação da complexidade das investigações, assim justificarem.

Entretanto, tal entendimento pode representar graves violações ao sistema processual penal acusatório ao contrariar, a um só tempo, os princípios da presunção de inocência e da razoável duração do processo.

Trata-se de tema que demanda maior atenção dos atores do Direito, pois ao contrário do que se observa em relação ao regramento e à hermenêutica relacionados às prisões cautelares, em constante evolução nos últimos anos, a crescente aplicação das medidas cautelares patrimoniais é desacompanhada de um necessário aprofundamento legislativo-prático-teórico, de modo a garantir que esteja de acordo com a ordem constitucional e com o sistema processual penal de matriz acusatória.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino do. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Livro eletrônico.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. Recurso Especial nº 1.902.430/DF. Apelante: Helio Luis Palazzo. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 24 de agosto de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoaes/?num_registro=202002788436&dt_publicacao=24/08/2021. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Petição 8.186. Requerente: Eunício Lopes de Oliveira. Requerido: Ministério Público Federal. Relator do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755500144>. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma Agravado Regimental no Inquérito 4.441/DF. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Daniel Elias Carvalho Vilela. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 20 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436708/false>. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Oitava Turma. Apelação Criminal nº 5009443-62.2015.4.04.7000. Apelante: Guilherme Esteves de Jesus. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, RS, 27 de julho de 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8413119. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Oitava Turma. Apelação Criminal nº 5006441-74.2021.4.04.7000. Apelante: André Gustavo Garcia Goulart. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, RS, 25 de agosto de 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002687169&versao_gproc=8&crc_gproc=8ee3fe48. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Oitava Turma. Apelação Criminal nº 5033712-83.2020.4.04.7100. Apelante: Softpaytecnologia em pagamentos LTDA. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Juiz Federal Nivaldo Brunoni. Porto Alegre, RS, 13 de outubro de 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002848161&versao_gproc=4&crc_gproc=e0500fdc. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Sétima Turma. Apelação Criminal nº 5019790-81.2020.4.04.7000. Apelante: Joao Victor Navarrete de Almeida. Apelado: Ministério Público Federal. Relator do acórdão: Juiz Federal Guilherme Beltrami. Porto Alegre, RS, 16 de março de 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002155252&versao_gproc=8&crc_gproc=1c45543c. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Sétima Turma. Apelação Criminal nº 5020767-98.2019.4.04.7100. Apelantes: Jaime Martins Machado e Laura Sonia Desiderio Monzon. Apelado: Ministério Público Federal. Relator do acórdão: Juiz Federal Danilo Pereira Junior. Porto Alegre, RS, 6 de julho de 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002492337&versao_gproc=12&crc_gproc=7e83d093. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. *O excesso de prazo no processo penal*. Curitiba: JM Editora, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Livro eletrônico.

DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais: comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (coord.). Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas - comentários à lei 12.403/2011, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacarias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Livro eletrônico.

GUEDES, Néviton. A constitucionalização do direito penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti. *Código de processo penal – Vol. 1*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Livro eletrônico.

LEITE, Larissa. *Sociedade de risco e estado democrático de direito: uma análise das medidas patrimoniais de urgência no direito processual penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Volume 1. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Por uma teoria das medidas cautelares patrimoniais no processo penal*. Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico. [S.l.], 08 abr. 2021, disponível em: https://ibdpe.com.br/ptmc/?mc_cid=7b9896f564&mc_eid=37b105fde1. Acesso em: 23 abr. 2024.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NICOLITT, André Luiz. *Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares*. 1. ed. em ebook baseada na 2ª impressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro eletrônico.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

ROCHA, Claudia da; DE OLIVEIRA, Marlus Arns. *Medidas cautelares reais – reflexões quanto ao sequestro de bens nos crimes com prejuízo à fazenda pública – revogação do decreto-lei nº 3240/1941 – necessária aplicação dos princípios do contraditório, da proporcionalidade e da razoabilidade*. Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico. [S.l.], 06 abr. 2021. Disponível em: <https://ibdpe.com.br/mcrr/>. Acesso em: 23 abr. 2024.

DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

PARA ALÉM DA INDENIZAÇÃO MONETÁRIA: A COMPENSAÇÃO *IN NATURA* COMO ALTERNATIVA NA REPARAÇÃO DE PRISÕES ABUSIVAS

Eduarda Villwock
Rebeca Dionysio Felix

RESUMO

A compensação penal *in natura*, como alternativa mais proporcional e humanizada para lidar com a privação de liberdade em condições desumanas, como superlotação e falta de recursos, representa uma forma de reparação mais adequada à natureza da pena. A expansão dessa prática deriva das Resoluções de 22 de novembro de 2018 e 28 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos; no entanto, no Brasil, sua adoção é limitada e frequentemente rejeitada devido à falta de previsão legal e a controvérsias sobre sua implementação. Essa lacuna na legislação permite a arbitrariedade judicial, influenciada pelo viés punitivo prevalente no país e pelo estigma social associado aos réus, o que dificulta a aplicação efetiva dessa medida como estratégia para lidar com a negligência do Estado em relação ao sistema prisional. Portanto, é crucial superar esse impasse para garantir a dignidade dos presos e possibilitar o pleno exercício de seus direitos humanos, começando pela implementação dessas Resoluções como meio eficaz de remediar as violações de direitos nas prisões brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: Cômputo em dobro da pena; Compensação penal; Corte IDH.

ABSTRACT

The in natura penal compensation, as a more proportionate and humane alternative to deal with inhumane conditions of imprisonment such as overcrowding and lack of resources, represents a form of reparation more suitable to the nature of the penalty. The expansion of this practice stems from the November 22 and November 28, 2018, Resolutions of the Inter-American Court of Human Rights; however, in Brazil, its adoption is limited and often rejected due to the lack of legal provisions and controversies over its implementation. This gap in legislation allows for judicial arbitrariness, influenced by the prevailing punitive bias in the country and the social stigma associated with defendants, which hampers the effective application of this measure as a strategy to address the State's negligence regarding the prison system. Therefore, it is crucial to overcome this impasse to ensure the dignity of

prisoners and enable the full exercise of their human rights, starting with the implementation of this resolution as an effective means to remedy rights violations in Brazilian prisons.

KEYWORDS: *Double counting of the sentence; Penal compensation; IACHR.*

INTRODUÇÃO

A Resolução de 22 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos destacou a necessidade premente de abordar os desafios estruturais e as violações dos direitos humanos no sistema prisional do Brasil. A decisão de limitar a admissão de novos detentos no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, e de dobrar o tempo de encarceramento sob condições ilegais, sublinha a gravidade e a complexidade dos problemas que o sistema enfrenta. Posteriormente, em 28 de novembro, uma nova Resolução foi adotada, estendendo medidas similares ao Complexo do Curado em Pernambuco, destacando a necessidade de proteger a vida e a integridade física dos detentos e de tomar medidas para aliviar a superlotação e melhorar as condições de detenção.

Essa situação reflete o contraste entre a legislação brasileira, apesar de minuciosa na regulamentação das prisões, e a prática, que demonstra um abismo entre o que é prescrito e o que é, de fato, aplicado. A superlotação, as condições precárias, os abusos e as violações dos direitos dos presos são sintomas de um sistema em crise. A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347/DF, em 2015, ao declarar um “estado de coisas inconstitucional”, ressalta a gravidade da situação.

As medidas adotadas pela Corte Interamericana e as decisões judiciais subsequentes que reconhecem a ilegalidade das condições de algumas prisões e concedem *habeas corpus* para aplicação da compensação penal são avanços notáveis na proteção dos direitos dos detentos. No entanto, sua implementação enfrenta barreiras significativas devido à resistência institucional e às interpretações divergentes das Resoluções, frequentemente invocadas para justificar o indeferimento de pedidos apresentados aos juízes das execuções penais em todo o Brasil após a determinação de 22 de novembro de 2018.

Este artigo explora a complexa implementação da compensação penal *in natura* no Brasil, destacando sua conexão intrínseca com o discurso punitivista predominante entre as instituições estatais e o estigma social enfrentado por indivíduos encarcerados. Demonstrar-se-á como esse discurso, que enfatiza a punição e o encarceramento como respostas primárias aos desafios sociais, constitui um obstáculo significativo para a introdução de estratégias mais humanizadas e eficazes no sistema carcerário, incluindo a compensação penal *in natura* e a contagem dupla da pena em resposta às violações de direitos humanos nas penitenciárias do país.

1. A IMPORTÂNCIA DAS RESOLUÇÕES DE NOVEMBRO DE 2018 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A discussão sobre os direitos dos indivíduos encarcerados é um tema antigo, enraizado em debates históricos. No Brasil, a transição para um sistema prisional corretivo, em vez de puramente punitivo, teve início com a promulgação do Código Penal de 1890. Esse código estabeleceu a ideia de que a punição deveria ser direcionada ao ato criminoso, não à pessoa do criminoso, com a compensação à vítima como principal objetivo da pena de prisão¹.

Atualmente, o Brasil possui uma extensa legislação que regula o funcionamento das prisões, tanto na Constituição Federal quanto na Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210, de 1984. Dentre as normas mais relevantes, destaca-se o artigo 185 da LEP, que determina que qualquer ato que ultrapasse os limites impostos pela sentença ou por normativas legais configura excesso ou desvio de execução. Isso ressalta a ideia de que os direitos dos condenados não podem ser suprimidos sem um fundamento legal explícito.

Além disso, o artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso XLVII, alínea 'e', veda expressamente a aplicação de penas cruéis no sistema carcerário do país. O mesmo artigo, em seu inciso XLIX, garante aos detentos o direito ao respeito à sua integridade física e moral. Essas disposições reforçam o compromisso da Carta Magna com a humanização do sistema prisional e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos sob sua custódia.

Contudo, não é necessário ir muito longe para perceber, a partir desses artigos, que a prática está longe da teoria: as prisões estão superlotadas e os direitos dos presos são frequentemente violados, uma situação evidenciada pelo déficit de mais de 156 mil vagas em 2023, conforme ilustrado por dados disponibilizados pela Secretaria Nacional de Políticas Penais². O Supremo Tribunal Federal corroborou essa realidade ao declarar, em setembro de 2015, o sistema carcerário brasileiro como um “estado de coisas inconstitucional”, na ADPF 347/DF.

Além da superlotação, são comuns os abusos, incluindo agressões físicas, falta de alimentos e problemas estruturais, impondo uma dupla punição aos detentos. Tais condições violam não só o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 1º, mas também as garantias estabelecidas pela legislação

¹ PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. Casa De Correção Do Rio De Janeiro (1889-1930). In: *DICIONÁRIO Da Administração Pública Brasileira Da Primeira República*. MAPA, 2018. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/component/content/article?id=531>. Acesso em: 14 abr. 2022.

² SENAPPEN, Secretaria Nacional de Políticas Penais. *Dados estatísticos do Sistema Penitenciário - 15º ciclo SISDEPEN*. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

penal do país, como o artigo 41 da Lei de Execução Penal, que assegura direitos fundamentais aos presos, como acesso à alimentação adequada, vestuário, trabalho remunerado e assistência material, médica, jurídica, educacional, social e religiosa³.

Diante desse cenário, em Resoluções de novembro de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos alertou para a preocupante situação do sistema penitenciário brasileiro, destacando as recentes mortes, a infraestrutura precária e a superlotação. Como medida, a Corte determinou a interrupção do ingresso de novos presos nos Institutos Penais abrangidos pelas resoluções e estabeleceu que cada dia de privação de liberdade fosse contado em dobro, exceto para condenados por crimes graves, como homicídio, violência física ou sexual. Nesses casos, a redução do tempo real de prisão estaria condicionada à realização de exame ou perícia criminológicos.

O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se com essa perspectiva, reconheceu a ilegalidade das condições de uma prisão no Rio de Janeiro e concedeu *habeas corpus* para a aplicação da compensação penal (HC n. 136.961-RJ), criando um precedente para futuras decisões judiciais. Essa decisão desencadeou uma série de pedidos endereçados aos juízes de execuções penais em todo o Brasil⁴.

No entanto, como será discutido no próximo segmento, o Judiciário brasileiro enfrenta desafios na implementação da compensação penal *in natura*, devido à falta de consenso sobre sua execução e à ausência de legislação local específica. Essa situação cria um ambiente propício para decisões judiciais divergentes, refletindo a resistência institucional ao controle de convencionalidade⁵.

Para mais, a lacuna legal existente favorece a discricionariedade judicial aliada ao discurso punitivista enraizado nas instituições, o que frequentemente leva ao indeferimento da aplicação da medida. Isso compromete os esforços para efetivar os direitos dos detentos, conforme estabelecido pelas Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶.

³ OLIVEIRA, Sarah Evelyn de Freitas. *Compensação pela Ilícitude Estatal: o cômputo em dobro da pena cumprida no Complexo do Curado*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023.

⁴ NETO, José Mario Wanderley Gomes; PONTES, Victor de Lemos. (Des)respeito aos direitos fundamentais do encarcerado: a contagem da pena em dobro a partir do paradigma do Recurso em Habeas Corpus nº136.961 e a (in)aplicabilidade do precedente ao caso brasileiro. *Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da UFPI*, v. 10, n. 1, jan/jun/2023. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/ra/article/view/13466>. Acesso em: 23 mar. 2024.

⁵ BICALHO, Felipe; LEITE, Giselle. Para Além De Roig: Diálogo Sobre Soluções Ilegais E Uma Nova Ideia No Campo Da Compensação Penal. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S. l.], v. 5, n. 8, p. 222–248, 2020. DOI: 10.24861/2526-5180.v5i8.125. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/125>. Acesso em: 28 nov. 2022.

⁶ ASSUNÇÃO, Gabriel Ribeiro Mendes; FONSECA, Reynaldo Soares da. A indenização de preso mediante remição de pena: o necessário diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 17, n. 1, jan/abr. 2023. Disponível em: <https://ojs.unifal.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/721/627>. Acesso em: 25 mar. 2024.

2. AVALIANDO A EFETIVIDADE: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE AS RESOLUÇÕES DE NOVEMBRO DE 2018

Como suprarrelatado, as Resoluções de novembro de 2018 constituíram um divisor de águas no sistema prisional brasileiro ao estabelecer a adoção de medidas compensatórias diante das violações de direitos ocorridas no contexto carcerário. No entanto, a implementação dessas medidas enfrenta barreiras significativas no âmbito judiciário, refletindo uma resistência institucional, apesar dos compromissos assumidos pelo Brasil sob a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

Conforme destacado pela Corte Interamericana nas Resoluções, com a ratificação da CADH e a submissão à jurisdição da Corte pelo Brasil, espera-se que o país honre o mecanismo de petição e cumpra as determinações da Corte e da Comissão, em conformidade com o artigo 68 do Pacto de São José da Costa Rica. Embora a assinatura de tratados internacionais denote uma cessão parcial de soberania, o propósito primordial é a promoção e proteção dos direitos humanos no plano doméstico.

Adicionalmente, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso em Habeas Corpus nº 136.961, reconheceu a pertinência da Resolução de 22 de novembro de 2018, determinando a contagem em dobro do tempo de pena para um detento no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Tal decisão evidencia que a Constituição Federal não é o único marco regulatório, com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos emergindo como um novo paradigma, requerendo que os direitos fundamentais sejam interpretados em sintonia com o direito internacional.

Portanto, revela-se imperativo que os atos normativos e decisões judiciais estejam alinhados tanto à Constituição quanto aos referidos tratados, exigindo dos Estados o exercício do controle de convencionalidade. Contudo, a efetivação das determinações proferidas no âmbito internacional encontra desafios históricos, tendo em vista que frequentemente afetam a soberania estatal, acarretando um custo elevado para sua implementação e gerando resistência⁷.

É crucial ressaltar que a aplicação das Resoluções de novembro de 2018 esbarra em obstáculos decorrentes da variabilidade interpretativa das normas constitucionais e internacionais. A lacuna de legislação interna específica a respeito da aplicação da compensação penal *in natura* suscita debates acerca da aplicabilidade da medida, representando um entrave à concretização das medidas compensatórias.

⁷ GOLTZMAN, Elder Maia; SOUSA, Monica Teresa Costa; TRAJANO, Izabela de Oliveira. A aplicabilidade da Resolução nº 22 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos tribunais brasileiros. *Revista Direito Público*, v. 20, n. 108, 280-310, out/dez. 2023. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/7333>. Acesso em: 02 abr. 2024.

Essa conjuntura abre margem para a discricionariedade judicial, resultando em decisões que, sob pretexto de divergências interpretativas, perpetuam as deficiências do sistema prisional brasileiro. Tais decisões, ao desconsiderarem o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e os direitos humanos fundamentais, contribuem para a estigmatização dos reclusos, fomentando a desumanização e infringindo o princípio da dignidade da pessoa humana⁸.

Nesse panorama, torna-se evidente a correlação entre a discricionariedade dos magistrados e a retórica de repressão a grupos marginalizados. Especificamente nesta medida, as controvérsias narrativas e políticas concentram-se em um discurso que a caracteriza como fomentadora de impunidade e ameaça à segurança pública⁹.

A visão do indivíduo encarcerado como “o outro”, o inimigo da sociedade, demonstra que tanto a sociedade quanto o Estado, incumbidos de garantir os direitos e alcançar os objetivos constitucionais, colaboram para as severas violações de direitos humanos no cárcere, desrespeitando direitos e garantias essenciais¹⁰.

Essa perspectiva culmina na negação da humanidade do cidadão penalizado, sublinhando a urgência de reivindicar os direitos fundamentais inatos a todos, independentemente de ação ativa para sua aquisição.

Se os direitos fundamentais dos detentos fossem aplicados de maneira automática, como preconizado pela lógica constitucional, todos os pedidos relativos ao cômputo em dobro na contagem da pena seriam prontamente deferidos, desde que em conformidade com os critérios estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e os precedentes judiciais. Contudo, o punitivismo arraigado na cultura jurídica frequentemente leva à negativa desses pedidos pelos juízes, que se apoiam em uma variedade de justificativas, comumente relacionadas a divergências facilmente superáveis, para perpetuar a exclusão e o controle social das classes marginalizadas¹¹.

⁸ CAMPOS, Larissa D. Machado. *Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional: a obrigatoriedade de pré-requisitos para concessão de remição compensatória presente na resolução da Corte IDH no caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2021.

⁹ NETO, José Mario Wanderley Gomes; PONTES, Victor de Lemos. (Des)respeito aos direitos fundamentais do encarcerado: a contagem da pena em dobro a partir do paradigma do Recurso em Habeas Corpus nº136.961 e a (in)aplicabilidade do precedente ao caso brasileiro. *Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da UFPI*, v. 10, n. 1, jan/jun/2023. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/13466>. Acesso em: 23 mar. 2024.

¹⁰ NETO, José Mario Wanderley Gomes; PONTES, Victor de Lemos. (Des)respeito aos direitos fundamentais do encarcerado: a contagem da pena em dobro a partir do paradigma do Recurso em Habeas Corpus nº136.961 e a (in)aplicabilidade do precedente ao caso brasileiro. *Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da UFPI*, v. 10, n. 1, jan/jun/2023. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/13466>. Acesso em: 23 mar. 2024.

¹¹ NETO, José Mario Wanderley Gomes; PONTES, Victor de Lemos. (Des)respeito aos direitos fundamentais do encarcerado: a contagem da pena em dobro a partir do paradigma do Recurso em Habeas

Argumenta-se, por exemplo, que a medida em discussão poderia infringir a segurança jurídica ao contrariar a coisa julgada, sob a premissa de que o período de condenação já foi previamente estabelecido. No entanto, uma breve análise, acessível a qualquer operador do direito, revela a ausência de sustentação legal para rejeitar um pronunciamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A alegada violação à segurança jurídica, ancorada no princípio da coisa julgada, pode parecer válida inicialmente. No entanto, os juristas devem reconhecer que a segurança jurídica não é um conceito imutável; ela é, de fato, um princípio dinâmico que evolui com as transformações sociais e os progressos em matéria de direitos humanos¹².

Nessa linha, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos constitui um mandamento ético-jurídico que prevalece sobre a coisa julgada quando esta última entra em conflito com a violação a direitos essenciais. Afinal, o Brasil, ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, comprometeu-se voluntariamente a acatar as decisões da Corte.

Desse modo, ao negar a implementação de uma medida compensatória para reparar violações de direitos humanos no sistema carcerário, sob o pretexto de violação à coisa julgada, o país não apenas desconsidera seu compromisso internacional, mas também perpetua a injustiça e a desigualdade no sistema penal. Portanto, a segurança jurídica deve ser compreendida como um mecanismo de salvaguarda dos direitos fundamentais, e não como um empecilho à sua efetivação.

Dessa forma, ao analisar as diversas facetas desse argumento, frequentemente utilizado de maneira inadequada para rejeitar pleitos de duplicação do tempo de pena, percebe-se a relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como um evidente viés punitivista e uma negação da cidadania aos detentos, o que evidencia a prevalência dessa mentalidade no judiciário brasileiro¹³.

A perspectiva coletiva, amparada no estigma social imposto aos indivíduos em situação de privação de liberdade, negligencia a necessidade de análise individualizada dos casos, reforçando a ideia equivocada de que o encarceramento é a solução primordial para

Corpus nº136.961 e a (in)aplicabilidade do precedente ao caso brasileiro. *Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da UFPI*, v. 10, n. 1, jan/jun/2023. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/ra/article/view/13466>. Acesso em: 23 mar. 2024.

¹² SILVA, C.O.P.; SILVA, F.L.A. Estado Constitucional Pluralista e Segurança Jurídica Dinâmica. *Conjur*, São Paulo, 09 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-09/observatorio-constitucional-estado-constitucional-pluralista-seguranca-juridica-dinamica/>. Acesso em: 23 abr. 2024.

¹³ NETO, José Mario Wanderley Gomes; PONTES, Victor de Lemos. (Des)respeito aos direitos fundamentais do encarcerado: a contagem da pena em dobro a partir do paradigma do Recurso em Habeas Corpus nº136.961 e a (in)aplicabilidade do precedente ao caso brasileiro. *Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da UFPI*, v. 10, n. 1, jan/jun/2023. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/ra/article/view/13466>. Acesso em: 23 mar. 2024.

a violência. Tal visão sustenta a continuidade de práticas inconstitucionais na execução penal¹⁴.

A título ilustrativo, no estado de Pernambuco, especificamente no Complexo do Curado, objeto da Resolução de 28 de novembro de 2018, observa-se que a taxa de indeferimentos de pedidos após a determinação da aplicação da medida é de 74,4%, em contraste com somente 12,1% de deferimentos. Tais estatísticas evidenciam a relutância das varas de execução penal em aderir às diretrizes estabelecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁵.

A persistência dos magistrados em imputar aos detentos uma responsabilidade indireta pela tortura que sofrem, relacionando-a aos crimes praticados, resulta em novas violações de direitos e incita a retomada das discussões acerca da implementação de medidas compensatórias, o que perpetua um ciclo de injustiças.

Essa conduta é sustentada por argumentos que revelam, intrinsecamente, a hesitação do Poder Judiciário brasileiro em implementar políticas que possam aliviar significativamente as repercussões das condições insalubres nas prisões do Brasil. Este tópico será explorado com mais profundidade na seção subsequente, na qual serão discutidas as perspectivas relativas à execução da medida de compensação *in natura*.

3. EXPLORANDO A IMPLEMENTAÇÃO DA COMPENSAÇÃO *IN NATURA* NO CONTEXTO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS E DESAFIOS

A despeito dos obstáculos enfrentados para sua aplicação no Brasil, a compensação *in natura* se mostra como uma medida necessária e eficaz diante dos graves problemas enfrentados no sistema carcerário brasileiro.

Em 2017, o Supremo Tribunal Federal, ao deliberar sobre o Recurso Extraordinário 580.252, consolidou o entendimento de que compete ao Estado a obrigação de compensar os detentos por danos morais e patrimoniais, no contexto de submissão a condições carcerárias que afrontam a dignidade humana.

A decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes enfatiza a responsabilidade do poder público, delineada pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, em assegurar con-

¹⁴ ARAÚJO, Maria Eduarda Cavalcanti. *Os desafios para a efetivação da Resolução de 28 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma breve análise do caso do Complexo Penitenciário do Curado*. Disponível em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2021/arquivos/95.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.

¹⁵ OLIVEIRA, Sarah Evelyn de Freitas. *Compensação pela Ilícitude Estatal: o cômputo em dobro da pena cumprida no Complexo do Curado*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023.

dições prisionais que respeitem os preceitos humanitários estipulados pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como em indenizar as vítimas de violações decorrentes da superlotação e da inobservância das condições legais de encarceramento. Nesse sentido, a decisão sublinha:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento¹⁶.

No entanto, a obtenção de reparação pecuniária apresenta diversos obstáculos, desde a dificuldade em reunir documentos comprobatórios até a demora no recebimento da indenização¹⁷. Ademais, a implementação dessa medida enfrenta desafios no plano administrativo. Conforme aumentam as indenizações destinadas a ressarcir os danos morais decorrentes das condições inadequadas de cumprimento da pena, há uma redução dos recursos alocados para a manutenção das instalações prisionais, alimentação, higiene e demais necessidades vitais dos presos, que já demandam um investimento substancial do Estado¹⁸.

Sabe-se que o cenário do sistema prisional brasileiro é alarmante, marcado pelo hiperencarceramento, superlotação, violação de direitos humanos e falta de estrutura adequada. A população carcerária cresce desproporcionalmente em relação à capacidade das prisões, resultando em condições degradantes, aumento da violência e restrição de direitos fundamentais dos presos.

Diante desse contexto, a compensação penal surge como uma alternativa apropriada, visando não apenas compensar os danos causados pelo cárcere, mas também abrandar os efeitos do aprisionamento abusivo. Em substituição a uma mera indenização finan-

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 580.252- MS. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 16/02/2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 19 abr. 2022.

¹⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 132, p. 336, jun. 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=137484. Acesso em: 25 out. 2023.

¹⁸ ASSUNÇÃO, Gabriel Ribeiro Mendes; FONSECA, Reynaldo Soares da. A indenização de preso mediante remição de pena: o necessário diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 17, n. 1, jan/abr. 2023. Disponível em: <https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/721/627>. Acesso em: 25 mar. 2024.

ceira, a compensação *in natura* advoga pela diminuição da sentença com base no período de reclusão sob condições inadmissíveis, refletindo a natureza intrínseca da sanção penal.

Neste panorama, Anderson Schreiber destaca:

Quem sofre dano à honra, à privacidade, à integridade física nunca será plenamente reparado com uma quantia monetária. São bens diversos por natureza e incompatíveis na sua importância. O dinheiro se mostrará sempre insuficiente. Os juristas, entretanto, acostumaram-se com essa insuficiência, repetindo, a todo tempo, que o dano moral não é “reparado”, mas apenas “compensado” pela indenização atribuída à vítima. Contra esse muro erguido artificialmente entre a “reparação” e a “compensação”, chocam-se todas as tentativas de avanço¹⁹.

Dessa forma, a compensação penal *in natura* se apresenta como uma alternativa mais justa do que a simples indenização monetária, pois considera a especificidade dos danos experimentados pelos detentos, oferecendo um meio mais efetivo de restaurar a justiça e atenuar os efeitos prejudiciais do encarceramento ilegítimo. A atualidade exige a reflexão sobre a aplicação dessa medida, que propõe solucionar as falhas do sistema prisional utilizando o próprio mecanismo da punição – o tempo – como a ferramenta mais eficaz para reduzir as consequências de uma detenção injusta²⁰.

A abordagem proporcional da compensação *in natura* visa harmonizar a justiça, beneficiando o detento com uma redução da severidade da pena, o Estado com a diminuição da superlotação carcerária e os custos associados, e a sociedade com a mitigação dos impactos sociais do aprisionamento²¹.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V, X e LXXV, fornece a base legal para a compensação penal, assegurando o direito à reparação proporcional ao dano, a inviolabilidade da intimidade e da honra, e a indenização por erro judiciário ou detenção além do prazo legal. Embora não especifiquem a forma de indenização para os prejudicados por ações do Estado, a interpretação desses incisos deve ser extensiva e favorável ao cidadão, reconhecendo a compensação penal como um meio legítimo de reparação, com o tempo de encarceramento servindo como a ‘moeda’ de compensação.

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 207.

²⁰ MOSER, Manuela. Compensação penal como ferramenta de enfrentamento ao estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro: uma análise das condições do cárcere a partir dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista dos Estudantes de Direito da UNB*, v. 1, n. 23, Brasília, jan/dez. 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/issue/view/2792>. Acesso em: 03 abr. 2024.

²¹ MOSER, Manuela. Compensação penal como ferramenta de enfrentamento ao estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro: uma análise das condições do cárcere a partir dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista dos Estudantes de Direito da UNB*, v. 1, n. 23, Brasília, jan/dez. 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/issue/view/2792>. Acesso em: 03 abr. 2024.

Além disso, essa medida é mais apropriada por favorecer uma avaliação individualizada das penas, considerando as circunstâncias específicas de cada caso, e procurar restabelecer o equilíbrio entre a punição e a proteção dos direitos do detento.

A proposta de compensação penal *in natura*, endossada por especialistas como Pablo Vacani e Rodrigo Roig, está em consonância com os princípios constitucionais e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na esfera dos direitos humanos. Ela beneficia os detentos, ao reduzir o tempo de prisão ou a rigidez da pena, e oferece vantagens ao Estado, ao aliviar os custos do sistema carcerário e combater a superlotação.

É imperativo enfatizar, no entanto, que a compensação penal não é um privilégio ou benefício, mas uma medida reparatória essencial frente aos danos causados pelo Estado devido à negligência das condições adequadas de encarceramento. Exige-se um esforço colaborativo dos poderes judiciário, legislativo e executivo para aprimorar o sistema prisional e assegurar o respeito aos direitos humanos dos detentos²².

É verdade que, ao honrar a dignidade e os direitos dos indivíduos sob custódia estatal, a implementação da compensação penal *in natura* marca um avanço significativo rumo a um sistema prisional mais justo e humano. Contudo, sua aplicação deve ir além da perspectiva punitiva, reconhecendo que o verdadeiro infrator é o Estado, responsável pela violação dos direitos dos detentos, incumbindo-lhe a tarefa de assegurar uma execução penal digna.

A concepção de que os detentos são destituídos de direitos sustenta um sistema prisional punitivo, perpetuando um ciclo de violência e degradação. É essencial reconhecer que, independentemente de suas ações passadas, os detentos mantêm sua humanidade e direitos fundamentais. Negar esses direitos é negar a própria essência humana, tanto no plano individual quanto coletivo. Como ilustrado por Larissa D. Machado de Campos: “Em processo algum seria plausível a vítima precisar provar que não deveria ter sofrido a tortura que comprovadamente sofreu. Em processo algum a vítima estaria no papel de provar que merece um pedido de desculpas de seu violador”²³.

Adicionalmente, é crucial que a implementação dessa medida seja acompanhada por iniciativas que visem a melhoria do sistema penal em sua totalidade, especialmente no que tange às violações constatadas nas prisões.

²² ARAÚJO, Maria Eduarda Cavalcanti. *Os desafios para a efetivação da Resolução de 28 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma breve análise do caso do Complexo Penitenciário do Curado*. Disponível em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/acessolive/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2021/arquivos/95.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.

²³ CAMPOS, Larissa D. Machado. *Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional: a obrigatoriedade de pré-requisitos para concessão de remição compensatória presente na resolução da Corte IDH no caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2021, p.34.

Existe o risco de o Estado se acomodar, utilizando a aplicação da compensação *in natura* como pretexto para reduzir despesas com a população carcerária, em detrimento do foco na humanização dos condenados. Tal perspectiva econômica pode ofuscar a necessidade de investimentos significativos e contínuos na infraestrutura prisional, fundamentais para assegurar melhorias duradouras e o respeito à dignidade dos encarcerados.

Optar pela compensação penal é reconhecer que a justiça transcende a mera retribuição por erros cometidos. É reconhecer a necessidade de restaurar não só o equilíbrio entre a punição e a proteção dos direitos humanos, mas também a dignidade e a integridade dos indivíduos afetados.

Conclui-se, portanto, que a adoção dessa medida não é apenas uma solução viável, mas uma resposta imperativa aos desafios sistêmicos do sistema carcerário brasileiro. Em contraste com compensações financeiras insuficientes, a abordagem propiciada pela compensação penal confronta diretamente as condições precárias de encarceramento e garante os direitos dos detentos.

Em uma democracia, onde a ressocialização do indivíduo é formalmente reconhecida como o objetivo primordial do sistema carcerário, a compensação *in natura* não apenas reafirma o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, mas também se estabelece como um mecanismo essencial para a realização prática desse objetivo²⁴. A implementação efetiva das normas processuais penais, nesse sentido, transcende o mero reconhecimento dos direitos fundamentais, exigindo a criação de condições que assegurem aos presos o cumprimento de suas penas em ambientes que honrem sua dignidade intrínseca, promovam a saúde e respeitem as garantias inalienáveis de sua condição humana.

Essa abordagem implica uma revisão crítica das práticas penitenciárias vigentes e um compromisso com a reforma estrutural, visando não apenas a conformidade com os padrões internacionais, mas também a promoção de um ambiente salubre para a execução da pena. Portanto, é imperativo estabelecer um diálogo construtivo entre o Judiciário doméstico e os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, buscando alinhar as políticas nacionais com as melhores práticas globais e assegurando que as decisões judiciais reflitam um compromisso inabalável com a justiça e a humanidade.

A interação entre as jurisdições domésticas e os sistemas internacionais de direitos humanos deve ser pautada pela cooperação e pelo aprendizado mútuo, reconhecendo que a proteção dos direitos humanos dos detentos é uma responsabilidade compartilhada que transcende fronteiras. A compensação penal *in natura*, nesse contexto, emerge como

²⁴ SILVA, Julio Cesar Oliveira. *Análise da efetividade da aplicação da decisão de 22/11/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Lei de Execução Penal*. Estudo de caso – Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – Rio de Janeiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Escola de Direito de Brasília (EDB), Brasília, 2021.

uma expressão concreta dessa responsabilidade, oferecendo uma resposta tangível e humanizada aos desafios enfrentados pelos indivíduos submetidos a condições carcerárias inadequadas.

Ao adotar essa perspectiva, o Brasil reforça seu papel como um ator global comprometido com a promoção dos direitos humanos e com a busca por um sistema de justiça penal que seja, ao mesmo tempo, eficaz e compassivo. A compensação *in natura*, portanto, não é apenas uma questão de conformidade legal, mas um passo em direção a uma sociedade mais justa e equitativa, onde a dignidade de cada pessoa é reconhecida como o alicerce sobre o qual todas as leis e políticas devem ser construídas.

CONCLUSÃO

A legislação que disciplina o sistema prisional brasileiro, apesar de extensa, revela-se insuficiente na prática para garantir a observância dos direitos dos detentos. A Constituição Federal e a Lei de Execução Penal, embora consagrem princípios e direitos fundamentais aos encarcerados, contrastam com a realidade das prisões, que permanecem marcadas por superlotação, violações de direitos humanos e infra estruturas deficitárias.

As Resoluções de 22 e 28 de novembro de 2018, ao propor medidas compensatórias, sinalizaram um progresso significativo. Entretanto, a efetivação das determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos enfrenta barreiras, incluindo resistência institucional, lacunas legislativas e divergências interpretativas, que obstaculizam a concretização da compensação penal *in natura*, tal como preconizado pela referida Corte.

Esses obstáculos encontram raízes em uma cultura punitivista arraigada, relacionada a uma latitude discricionária frequentemente exercida pelos atores do Poder Judiciário de forma a sobrepor argumentos facilmente refutáveis e proferir decisões judiciais divergentes, frustrando a aplicação da determinação.

A compensação penal *in natura*, ao propor a redução da pena com base no período de reclusão em condições ilegítimas, emerge como uma solução imprescindível e eficaz. Beneficia os detentos, mitigando o tempo de encarceramento ou a gravidade da pena, e favorece o Estado, ao diminuir os custos operacionais e enfrentar o problema da superlotação carcerária. No entanto, para que essa medida seja implementada com êxito, é essencial que ela integre um esforço mais abrangente de reforma do sistema penal, visando não somente a redução de despesas, mas também a promoção de uma execução penal mais humanizada.

Assim, conclui-se que a compensação *in natura* constitui uma resposta efetiva e indispensável aos desafios enfrentados pelo sistema prisional brasileiro, transcendendo a mera reparação financeira. Seu propósito é compensar os prejuízos decorrentes do encarceramento ilegal e atenuar os efeitos adversos do aprisionamento injusto. Para tanto, é im-

perativo ultrapassar a mentalidade punitiva e o estigma social, reconhecendo a humanidade e os direitos dos detentos, e assegurando que a justiça restituía a dignidade e a integridade dos indivíduos em situação de privação de liberdade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria Eduarda Cavalcanti. *Os desafios para a efetivação da Resolução de 28 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma breve análise do caso do Complexo Penitenciário do Curado*. Disponível em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2021/arquivos/95.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.

ASSUNÇÃO, Gabriel Ribeiro Mendes; FONSECA, Reynaldo Soares da. A indenização de preso mediante remição de pena: o necessário diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 17, n. 1, jan/abr. 2023. Disponível em: <https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/721/627>. Acesso em: 25 mar. 2024.

BICALHO, Felipe; LEITE, Giselle. Para Além De Roig: diálogo sobre soluções ilegais e uma nova ideia no campo da compensação penal. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S. l.], v. 5, n. 8, p. 222–248, 2020. DOI: 10.24861/2526-5180.v5i8.125. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/125>. Acesso em: 28 nov. 2022.

CAMPOS, Larissa D. Machado. *Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional: a obrigatoriedade de pré-requisitos para concessão de remição compensatória presente na resolução da Corte IDH no caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2021.

GOLTZMAN, Elder Maia; SOUSA, Monica Teresa Costa; TRAJANO, Izabela de Oliveira. A aplicabilidade da Resolução nº 22 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos tribunais brasileiros. *Revista Direito Público*, v. 20, n. 108, 280-310, out/dez. 2023. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/7333>. Acesso em: 02 abr. 2024.

MOSER, Manuela. Compensação penal como ferramenta de enfrentamento ao estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro: uma análise das condições do cárcere a partir dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista dos Estudantes de Direito da UNB*, v. 1, n. 23, Brasília, jan/dez. 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/issue/view/2792>. Acesso em: 03 abr. 2024.

NETO, José Mario Wanderley Gomes; PONTES, Victor de Lemos. (Des)respeito aos direitos fundamentais do encarcerado: a contagem da pena em dobro a partir do paradigma do Recurso em Habeas Corpus nº136.961 e a (in)aplicabilidade do precedente ao caso brasileiro. *Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da UFPI*, v. 10, n. 1, jan/jun/2023. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/13466>. Acesso em: 23 mar. 2024.

OLIVEIRA, Sarah Evelyn de Freitas. *Compensação pela Ilícitude Estatal: o cômputo em dobro da pena cumprida no Complexo do Curado*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023.

PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. Casa De Correção Do Rio De Janeiro (1889-1930). In: *DICIONÁRIO Da Administração Pública Brasileira Da Primeira República*. MAPA, 2018. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/component/content/article?id=531>. Acesso em: 14 abr. 2022.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões abusivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 132, p. 336, jun. 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=137484. Acesso em: 25 out. 2023.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 207.

SENAPPEN, Secretaria Nacional de Políticas Penais. *Dados estatísticos do Sistema Penitenciário - 15º ciclo SISDEPEN*. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 580.252- MS. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 16/02/2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 19 abr. 2022.

SILVA, C.O.P.; SILVA, F.L.A. Estado Constitucional Pluralista e Segurança Jurídica Dinâmica. *Conjur*, São Paulo, 09 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-09/observatorio-constitucional-estado-constitucional-pluralista-seguranca-juridica-dinamica/>. Acesso em: 23 abr. 2024.

SILVA, Julio Cesar Oliveira. *Análise da efetividade da aplicação da decisão de 22/11/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Lei de Execução Penal*. Estudo de caso – Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – Rio de Janeiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Escola de Direito de Brasília (EDB), Brasília, 2021.

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO

O DIREITO DO TRABALHO E A SUBJUGAÇÃO FEMININA: CRÍTICA À REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO REMUNERADO NO BRASIL

*Laysa Stefany Ferreira Melo
Maria Júlia Costa Leite e Sousa*

RESUMO

Apesar de o trabalho doméstico remunerado ser o que mais ocupa mulheres negras no Brasil, o Direito do Trabalho continua a conferir tratamento desigual à categoria, que persiste sendo desvalorizada, sub-remunerada e invisibilizada. Diante disso, partindo da crítica marxista ao direito e adotando a raça como categoria central para a compreensão da sociabilidade capitalista periférica, neste artigo analisamos o trabalho doméstico remunerado e o percurso de sua regulamentação no Brasil, a fim de verificar em que medida o Direito do Trabalho atuou e continua a atuar nos processos de exploração e de opressão feminina, especialmente no que se refere ao trabalho de mulheres negras. Ao longo da exposição, demonstramos que, no caso desta categoria, a funcionalidade burguesa do Direito do Trabalho tem se manifestado sobretudo por meio de suas deliberadas ausências no que se refere à regulamentação destas relações de emprego, o que só pôde ocorrer graças a fenômenos como o sexismo e o racismo, ao mesmo tempo em que o próprio Direito do Trabalho fomentou e continua a fomentar a manutenção dessas relações de opressão. Ademais, evidenciamos que, para além do apontamento da essencialidade burguesa da juridicidade, o caso das trabalhadoras domésticas no Brasil revela potenciais subversivos da utilização tática do Direito do Trabalho por parte destas mulheres e de demais populações subalternizadas.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho Doméstico Remunerado; Crítica Marxista ao Direito; Direito do Trabalho.

ABSTRACT

Although paid domestic work is the most common occupation for black women in Brazil, Labor Law continues to grant unequal treatment to the category, which continues to be devalued, underpaid and made invisible. Given this, based on the Marxist critique of law and adopting race as a central category for understanding peripheral capitalist sociability, in this article we analyze paid domestic work and the course of its regulation in Brazil, in order to verify to what extent Labor Law has acted and continues to act in the processes of female exploitation and oppression, especially in regard to the work of black women. Throughout the exposition, we demonstrate that, in the case of this category, the bourgeois functionality of Labor Law has manifested itself mainly through its deliberate absences regarding the regulation of these employment relations, which could only occur due to phenomena

such as sexism and racism, while Labor Law itself has fostered and continues to foster the maintenance of these oppressive relations. Furthermore, we highlight that, in addition to pointing out the bourgeois essentiality of juridicity, the case of domestic workers in Brazil reveals subversive potential in the tactical use of Labor Law by these women and other subaltern populations.

KEYWORDS: *Paid Domestic Work; Marxist Criticism of Law; Labor Law.*

INTRODUÇÃO

O trabalho doméstico, assim compreendido como um conjunto de tarefas que envolvem a preparação da alimentação, a manutenção da limpeza e da higiene, o cuidado com idosos, crianças e pessoas que dele necessitam, entre outras atividades relacionadas à promoção da estabilidade física e emocional dos membros de uma família¹, é o que mais ocupa mulheres no Brasil. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), reunidos pelo Departamento Intersindical de Estudos e Estatísticas (DIEESE), apontam que há, no país, cerca de 5,8 milhões de pessoas que exercem esta função de forma remunerada, das quais 91,4% são mulheres e 67,3% são negras.² Trata-se, portanto, de uma profissão majoritariamente feminina, e, também, racializada.³

Essas mulheres foram, porém, historicamente estigmatizadas como *não trabalhadoras*⁴ e excluídas do âmbito de proteção do Direito do Trabalho. Foi somente após décadas de lutas e mobilizações, principalmente de mulheres negras⁵, que, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 72, de 2013, e da Lei Complementar nº 150, de 2015, tais

¹ RIBAS, I. F.; DIAS, F. A. dos S. Trabalho doméstico e capitalismo: a naturalizada sina socioambiental das mulheres. *Trabalho & Educação*, Belo Horizonte, v. 29, n. 2, p. 77–88, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/trabedu/article/view/14672>. Acesso em: 28 fev. 2024.

² DIEESE. O trabalho doméstico 10 anos após a PEC das Domésticas. *Estudos e Pesquisas*, n. 106, p. 1-25, 2023.

³ Por essa razão, ainda que reconheçamos que este tipo de trabalho também pode ser prestado por homens, bem como que, do ponto de vista técnico-jurídico, possam ser considerados(as) trabalhadoras(as) domésticas(as) profissionais que não realizam atividades relacionadas ao trabalho de cuidado – por exemplo, motoristas particulares, professores(as) particulares, caseiros(as), enfermeiro(as) particulares, entre outros – optamos por fazer referência à categoria utilizando a flexão em gênero feminino. Assim, neste artigo, ao falar na categoria das trabalhadoras domésticas, estaremos abrangendo todos e todas estas profissionais, ao mesmo tempo em que enfatizamos o trabalho relacionado à produção e reprodução social realizado por mulheres assalariadas.

⁴ ACCIARI, Louisa; PINTO, Tatiane. Praticando a equidade: estratégias de efetivação de direitos no trabalho doméstico. *Estudos Avançados*, [S.L.], v. 34, n. 98, p. 73-90, abr. 2020. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3498.006>.

⁵ BERNADINO-COSTA, Joaze. Colonialidade e interseccionalidade: o trabalho doméstico no Brasil e seus desafios para o Século XXI. In: SILVA, T. D.; GOES, F. L. (org.). *Igualdade racial no Brasil: reflexões no ano internacional dos afrodescendentes*. Brasília: Ipea, 2013.

profissionais passaram a ser titulares da maior parte dos direitos conferidos aos trabalhadores e às trabalhadoras formais no Brasil.

Apesar desses avanços, o Direito do Trabalho continua a conferir tratamento desigual e desvantajoso à categoria, e há uma grande lacuna no que se refere à implementação do arcabouço normativo em vigor, o que se percebe ao considerar que cerca de 75,3% das trabalhadoras domésticas no país ainda não possuem registro formal, e que apenas 35,3% delas são seguradas da Previdência Social.⁶

Em adição à dimensão normativa, existe, ainda, resistência da sociedade civil em reconhecer a centralidade do trabalho doméstico, seja o realizado por mulheres não remuneradas, no âmbito familiar, seja o realizado por trabalhadoras assalariadas.⁷ Tal relutância é observada não somente entre setores patronais ou entre os chamados sicofantas da ordem capitalista,⁸ como manifestação da colonialidade do poder.⁹ Ela também se verifica nas correntes marxistas que relem ao trabalho doméstico uma importância secundária, tratando a emancipação das trabalhadoras a partir de um viés estritamente econômico e ignorando o papel que fenômenos como a alienação e a opressão feminina desempenham na reprodução da exploração.¹⁰

Diante de tal cenário, partindo da crítica marxista ao direito e adotando a raça como categoria central para a compreensão da sociabilidade capitalista periférica, neste artigo pretendemos analisar o trabalho doméstico remunerado e o percurso de sua regulamentação no Brasil, a fim de verificar em que medida o Direito do Trabalho atuou e continua a atuar nos processos de exploração e de opressão feminina, especialmente no que se refere ao trabalho de mulheres negras.

Além desta introdução e do tópico conclusivo, o texto é composto por três seções. Na primeira delas, tratamos da maneira pela qual o trabalho doméstico, enquanto ocupação profissional, foi forjado na sociedade brasileira, marcada por atravessamentos de gênero, raça e classe.¹¹ Na segunda, abordamos como o Direito do Trabalho lidou com esta

⁶ DIEESE. O trabalho doméstico 10 anos após a PEC das Domésticas. *Estudos e Pesquisas*, n. 106, p.1-25, 2023.

⁷ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá, PEREIRA, Flávia Souza Máximo. Os segredos epistêmicos do direito do trabalho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, p. 512-536, 2020.

⁸ SEFERIAN, Gustavo. Entre crises de civilização: ascenso e ocaso das funções capitalistas do Direito do Trabalho e as novas tarefas tático-ambientais da proteção jurídica das trabalhadoras e trabalhadores. *RBEP*, v. 124, 2022.

⁹ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, E. (org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. *Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

¹⁰ BHATTACHARYA, Tithi. *What is social reproduction theory?* 2013. Disponível em: <https://socialist-worker.org/2013/09/10/what-is-social-reproduction-theory>. Acesso em: 1 mar. 2024.

¹¹ GONZALEZ, Lélia. Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira. *Revista Ciências Sociais Hoje - ANPOCS*, p. 223-243, 1984.

categoria, desde o período de desregulamentação da profissão, iniciado com a abolição formal da escravatura, e passando, entre outras normas, pela Lei nº 5.859/1972, pelo art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 72/2013, pela Lei Complementar nº 150/2015 e pela Convenção nº 189 da OIT, ratificada no Brasil em 2018. Finalmente, na terceira seção, traçamos considerações iniciais sobre a relação entre o Direito do Trabalho e os processos de exploração e dominação de mulheres negras no Brasil, o que é realizado a partir do manejo da crítica marxista ao direito.

1. O TRABALHO DOMÉSTICO NO BRASIL: ENTRE ATRAVESSAMENTOS DE GÊNERO, RAÇA E CLASSE

Analisar a realidade do modo de produção capitalista significa, em muitos aspectos, deparar-se com relações sociais complexas, as quais, por motivos metodológicos, podem ser analisadas em categorias isoladas, mas que, na concretude, se imbricam e se expressam simultaneamente.

Dessa maneira, partindo da intangibilidade e das imbricações das relações sociais no capitalismo, seja a raça, o gênero e até mesmo o direito¹², a análise do trabalho doméstico traz interessantes reflexões a partir das especificidades da constituição de tal sistema de produção no Brasil, bem como para a apreensão do que é o Direito do Trabalho em um país da periferia econômica mundial¹³ – ramo jurídico que, ao mesmo tempo em que legitima as desigualdades de gênero, raça e classe, é, também, categoria capaz de ser utilizada como barricada frente a essas formas de opressão.¹⁴

Por conseguinte, para desenvolver este estudo, entendemos ser imprescindível apresentar algumas características históricas que compõem e diferenciam o trabalho doméstico remunerado dos demais arranjos laborais existentes no Brasil, na medida em que a exposição desses pontos é fundamental para a compreensão das peculiaridades e complexidades inerentes à legislação que regulamenta esta profissão.

A formação do capitalismo nas Américas, sobretudo no Brasil, se constituiu a partir da associação entre as relações tipicamente arcaicas e as consideradas moder-

¹² Como será exposto nas seções seguintes, partimos da compreensão de que o direito, a raça e o gênero, como concebidos no capitalismo, são construções históricas da modernidade.

¹³ PAZELLO, Ricardo Prestes. Contribuições metodológicas da teoria marxista da dependência para a crítica marxista ao direito/Methodological Contributions of Marxist Dependency Theory to Marxist Critique of Law. *Revista Direito e Práxis*, [S.L.], v. 7, n. 13, p. 540-574, 9 mar. 2016. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/21633>. Acesso em: 1 mar. 2024.

¹⁴ SEFERIAN, Gustavo. *Direito do Trabalho como barricada: sobre o uso tático da proteção jurídica das trabalhadoras e trabalhadores*. Belo Horizonte: RTM, 2021.

nas.¹⁵ Isso significa que as categorias de dominação, como a divisão racial do trabalho, permaneceram após o período colonial. Ou seja, nesse processo de modernização conservadora¹⁶ do Estado brasileiro, as formas de trabalho não remuneradas ou mal remuneradas permaneceram designadas às *raças* que outrora foram escravizadas. Assim, as divisões e estruturas do período em que o trabalho era majoritariamente escravizado foram mantidas mesmo após a abolição da escravatura. Esse entendimento é chave-interpretativa fundamental para o desenvolvimento deste trabalho, pois é a partir disso que se compreende a formação das estruturas e hierarquias do Estado brasileiro, bem como de suas classes trabalhadoras.

Nesse contexto, no processo de construção de uma divisão racial do trabalho, foram preestabelecidos os lugares e papéis sociais desempenhados por homens e mulheres negras,¹⁷ ou seja, a superação do escravismo colonial no Brasil e a transição do(a) trabalhador(a) escravizado(a) para o(a) trabalhador(a) livre se materializaram em uma sociedade na qual o racismo se tornou um elemento estruturante das divisões de classes, possibilitando a marginalização da população negra do mercado de trabalho assalariado.

Aliado ao fator racial, as opressões de gênero também exerceram papel crucial no desenvolver das relações que viriam a constituir o que compreendemos por trabalho doméstico assalariado. No Brasil colonial, tais atividades foram exercidas majoritariamente pela população negra *feminina*. Isto pois, em meados do século XVI, quando a família real portuguesa e demais colonizadores fixaram moradia em nosso território, houve a separação entre os(as) escravizados(as) da senzala e os(as) domésticos(as). As escravizadas domésticas, nesta época, receberam o nome de mucamas e possuíam livre acesso à Casa Grande.¹⁸

Com a libertação conservadora e gradual dos escravizados para o trabalho livre, na segunda metade do século XIX, as relações laborais sofreram importantes modificações. A partir disso, para Gonzalez¹⁹, no período que sucedeu à abolição, coube à mulher negra a realização das múltiplas jornadas de trabalho doméstico, na medida em que o emergente mercado de trabalho assalariado no Brasil não absorveu a população liberta, que era a

¹⁵ GONZALEZ, Lélia. Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira. *Revista Ciências Sociais Hoje* - ANPOCS, p. 223-243, 1984.

¹⁶ MOURA, Clóvis. *Dialética radical do Brasil negro*. São Paulo: Editora Anita, 1994.

¹⁷ BERNADINO-COSTA, Joaze. Colonialidade e interseccionalidade: o trabalho doméstico no Brasil e seus desafios para o século XXI. In: SILVA, T. D.; GOES, F. L. (org.). *Igualdade racial no Brasil: reflexões no ano internacional dos afrodescendentes*. Brasília: Ipea, 2013.

¹⁸ YOSHIKAI, Livia Midori Okino. *Análise psicossocial da trabalhadora doméstica através das representações sociais do trabalho*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Psicologia – Universidade de São Paulo, 2009.

¹⁹ GONZALEZ, Lélia. Cultura, etnicidade e trabalho: efeitos linguísticos e políticos da exploração da mulher. In: GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo Afro Latino Americano*. São Paulo: Zahar, 2020, p. 20-38.

base econômica do sistema escravista enquanto trabalhadores-mercadorias. Nas palavras da autora:

Antes de ir para o trabalho, [a mulher negra] havia que buscar água na bica comum da favela, preparar o mínimo de alimento para os familiares, lavar, passar e distribuir as tarefas das filhas mais velhas no cuidado dos mais novos. Acordar às 3 ou 4 horas da madrugada, para “adiantar os serviços caseiros” e estar às 7 ou 8 horas na casa da patroa até à noite, após ter servido o jantar e deixado tudo limpo.²⁰

Nessa perspectiva, o trabalho doméstico remunerado ilustra a dinâmica da constituição das classes trabalhadoras no Brasil, na medida em que o racismo é dispositivo que naturaliza e legitima – desde a escravidão colonial – a extrema exploração de alguns corpos no modo de produção capitalista, e que, no caso da atividade aqui tratada, ele se alia à divisão sexual do trabalho – assim compreendida como fenômeno pelo qual ocorre a destinação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva²¹ –, resultando na acentuada exploração e desvalorização do trabalho de mulheres negras. Ou seja, o entrecruzamento entre raça, gênero e classe resultou no que hoje compõe a categoria das trabalhadoras domésticas. Escravidão colonial e o sexismo produziram, nesse sentido, a concepção da mulher negra intrinsecamente ligada aos trabalhos manuais e domésticos, naturalizando a ideia de que elas nasceram, sobretudo, para executar determinadas funções, o que é um dos fatores fundamentais para a divisão racial do trabalho no modo de produção capitalista brasileiro.

A partir da perspectiva apresentada até aqui, entendemos que a escravidão, o racismo e o sexismo não são fenômenos uniformes e não podem ser entendidos de maneira puramente conceitual. Isto é, para a compreensão material do que foi o percurso histórico do trabalho doméstico no Brasil, é essencial o olhar atento às circunstâncias específicas de nossa formação econômico-social. No Brasil, a divisão de classes, a divisão de grupos no interior das classes, o processo de individualização e os antagonismos sociais que caracterizam as contradições que formam a sociabilidade capitalista têm o racismo e o sexismo como veículos importantíssimos.

Dessa forma, a existência do trabalho doméstico remunerado depende, em grande medida, da alta concentração de renda e da permanência das estruturas coloniais – racistas e sexistas – de poder, o que se conjuga com a existência de uma superpopulação relativa, que passa a se manifestar como uma massa marginal²² de trabalhadores(as), supérflua em relação ao processo de acumulação hegemônico,

²⁰ GONZALEZ, Lélia. Cultura, etnicidade e trabalho: efeitos linguísticos e políticos da exploração da mulher. In: GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo Afro Latino Americano*. São Paulo: Zahar, 2020, p. 20-38. p. 33.

²¹ KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais. *Dictionnaire critique du féminisme*. Universitaires de France. Paris, 2000. Traduzido por Miriam Nobre em agosto de 2003. Disponível em: https://polignu.org/sites/poligen.polignu.org/files/adivisaosexualdotrabalho_0.pdf. Acesso em: 17 abr. 2024.

²² GONZALEZ, Lélia. Cultura, etnicidade e trabalho: efeitos linguísticos e políticos da exploração da mulher. In: GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo Afro Latino Americano*. São Paulo: Zahar, 2020, p. 20-38.

destituída de recursos materiais e disposta a vender sua mão de obra a baixíssimo custo e sob piores condições de trabalho. Como exemplo disso, mencionam-se os marcadores próprios de jornada de trabalho e da caracterização da relação empregatícia doméstica, como será melhor desenvolvido adiante.

Não por acaso, as origens do movimento organizado das trabalhadoras domésticas têm ligação direta com o movimento negro – demonstraremos, mais à frente, que a primeira associação de trabalhadoras domésticas foi fundada em 1936, por uma militante do movimento negro, Laudelina de Campos Melo, e nasceu com a pretensão de tornar-se um sindicato.

Do exposto, decorre que a realidade entrecruza as categorias raça, classe e gênero para formas de exploração específicas, como o trabalho doméstico remunerado no Brasil, na medida em que a organização e os tensionamentos dessas mulheres para a conquista de melhorias em suas condições de trabalho também se dão entrecruzando essas categorias. Desse modo, os direitos trabalhistas foram paulatinamente conquistados por essa fração, majoritariamente feminina e negra, das classes trabalhadoras, como passamos a expor.

2. REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO NO BRASIL: UM PROCESSO LENTO, DESIGUAL E INCOMPLETO

A situação narrada na seção anterior – exploração desenfreada e desregulamentada de mulheres negras, descendentes de escravizadas, para prestação de trabalho doméstico – teve a plena chancela estatal por mais de oitenta anos após a abolição formal da escravidão, tendo em vista que as trabalhadoras domésticas brasileiras não tiveram nenhum direito trabalhista assegurado até a década de 1970. Isto pois a redação original da CLT, mais especificamente pelo art. 7º, “a”²³, excluía toda a categoria de seu âmbito de incidência.²⁴

Foi apenas em 1972, 29 anos após a publicação da CLT, por meio da Lei nº 5.859/1972, que o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu três direitos trabalhistas às trabalhadoras domésticas. A lei possuía oito artigos, que previam a essas trabalhadoras o registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social (art. 2º), férias anuais remuneradas

²³ BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943 - Publicação Original*. Rio de Janeiro, RJ, 1 de maio de 1943. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Aprova%20a%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Leis%20do%20Trabalho>. Acesso em: 25 mar. 2024.

²⁴ O Decreto-Lei nº 3.078, de 27 de fevereiro 1941, chegou a prever alguns direitos às trabalhadoras domésticas, no entanto, nos termos de seu art. 15, sua vigência dependia de um regulamento, a ser expedido pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, o qual não foi editado. Este decreto, portanto, nunca entrou em vigor.

de 20 dias (art. 3º) e o reconhecimento da qualidade de seguradas obrigatórias da Previdência Social (Arts. 4º e 5º).²⁵ Mais de dez anos depois, em 1987, foi editado o Decreto nº 95.247, que estendeu à categoria o direito ao vale-transporte.²⁶

Somente com a Constituição Federal de 1988, um século após a decretação formal do fim da escravidão no Brasil, que o *catálogo* – se assim pode ser chamado – dos até então quatro direitos trabalhistas das empregadas domésticas foi expandido. Isto pois, por força do art. 7º, parágrafo único, da Constituição, o Estado brasileiro reconheceu que a categoria doméstica é titular dos direitos ao salário mínimo, à irredutibilidade salarial, ao 13º salário, ao repouso semanal remunerado, às férias acrescidas do terço constitucional, à licença-maternidade, à licença-paternidade, ao aviso prévio e à aposentadoria²⁷ – que já era garantida por força da Lei nº 5.859/1972. Dito de outro modo: mesmo a partir de então, as trabalhadoras domésticas passaram a ser titulares não de todos os direitos sociais previstos nos 34 incisos do art. 7º da Constituição, mas apenas dos reconhecidos em nove deles – incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV –, sendo que um destes direitos, a aposentadoria, já era garantido pela legislação anterior. A limitação de jornada, inclusive, não foi estendida nesse momento a tais profissionais, em um contexto no qual a existência do *quarto de empregada* e a permanência dessas mulheres por longos períodos à disposição do empregador, sem qualquer acréscimo remuneratório, continuava a ser a regra.²⁸

Nas duas décadas seguintes, houve um tímido avanço no que se refere à ampliação dos direitos das trabalhadoras domésticas: a Lei nº 10.208/2001 possibilitou que empregadores(as) pudessem optar por incluí-las na sistemática do FGTS, bem como estabeleceu, apenas para as trabalhadoras vinculadas ao Fundo, o direito ao seguro-desemprego.²⁹ No entanto, ao tornar a inclusão no FGTS facultativa, a ser realizada mediante requerimento do empregador (art. 1º), a norma não teve efetividade.³⁰

²⁵ BRASIL. *Lei Nº 5.859, de 11 de Dezembro de 1972*. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15859.htm. Acesso em: 26 mar. 2024.

²⁶ BRASIL. *Decreto nº 95.247, de 17 de novembro de 1987*. Brasília, DF, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-95247-17-novembro-1987-445652-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 26 mar. 2024.

²⁷ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.

²⁸ LIMA, Jéssica Caroline Rodrigues de; CAMPOS, Rafael Alves de; SANTOS, Rodrigo Gonçalves. Arquitetura da desigualdade: o quarto de empregada como comunicador de uma ordem social estratificada. *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)*, [S. l.], S.l., v. 14, n. 41, p. 333-360, ago. 2022.

²⁹ BRASIL. *Lei nº 10.208, de 23 de março de 2001*. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10208.htm#:~:text=LEI%20No%2010.208%2C%20DE%2023%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202001.&text=Acresce%20dispositivos%20C3%A0%20Lei%20n,FGTS%20e%20ao%20seguro%20desemprego. Acesso em: 26 mar. 2024.

³⁰ SCHIO, Adriana Cavalcante de Souza; GUNTHER, Luiz Eduardo. O FGTS do empregado doméstico já é uma realidade? *JusLaboris*, Brasília, p. 21-35, jun. 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/91701>. Acesso em: 16 abr. 2024.

Cinco anos mais tarde, a Lei nº 11.324/2006 incluiu alguns artigos na legislação de 1972, instituindo, em suma, a vedação à realização de descontos salariais decorrentes do fornecimento de alimentação, vestuários, higiene ou moradia, a ampliação do direito às férias para 30 dias, e os direitos à estabilidade gravídica e ao descanso remunerado em feriados.³¹

Foi apenas a partir de 2013 que a situação jurídica das trabalhadoras domésticas no Brasil passou por significativa mudança. Isto pois a Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013, aprovada em um contexto de ampla mobilização classista³², foi a primeira norma a garantir uma ampliação expressiva dos direitos destas mulheres. Por meio dela, houve alteração no conteúdo do parágrafo único do art. 7º da Constituição, para estender à categoria, para além dos direitos já previstos em sua redação original, também os tratados nos seguintes incisos: VII (garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, em caso de remuneração variável); X (proteção do salário, na forma da lei); XIII (limitação da jornada a oito horas diárias e 44 horas semanais); XVI (horas extras acrescidas em, no mínimo, 50% do valor da hora normal); XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, através de normas de saúde, higiene e segurança); XXVI (reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho); XXX (proibição da discriminação salarial, funcional ou admissional, em razão de sexo, idade, cor ou estado civil); XXXI (vedação à discriminação salarial e admissional da pessoa com deficiência); e XXXIII (vedação ao trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos). A EC nº 72/2013 estabelece, também, normas constitucionais de eficácia limitada – isto é, normas que dependem de posterior regulamentação legal para produção de efeitos jurídicos³³ – ao estender às trabalhadoras domésticas, apenas quando “atendidas as condições estabelecidas em lei”³⁴, os direitos previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII do mesmo art. 7º da Constituição, que dizem respeito, respectivamente, à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, ao seguro-desemprego, ao FGTS, à remuneração do trabalho noturno em valor superior à do diurno, ao salário-família, ao repouso semanal remunerado e ao seguro contra acidentes de trabalho.

Portanto, foi somente neste momento, muito recente na história brasileira, que as empregadas domésticas conquistaram o direito basilar à limitação de suas jornadas e ao

³¹ BRASIL. *Lei nº 11.324, de 19 de julho de 2006*. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11324.htm. Acesso em: 26 mar. 2024.

³² ACCIARI, Louisa; PINTO, Tatiane. Praticando a equidade: estratégias de efetivação de direitos no trabalho doméstico. *Estudos Avançados*, [S.L.], v. 34, n. 98, p. 73-90, abr. 2020. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3498.006>.

³³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 631 p.

³⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional Nº 72, de 2 de Abril de 2013*. Brasília, DF, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.

pagamento do adicional de horas extras, bem como que passaram a ter a possibilidade de realizar negociações coletivas e de ter seus acordos ou convenções coletivas reconhecidos pelo Estado.

Em continuidade ao movimento de expansão dos direitos da categoria e regulamentando as disposições da EC nº 72/2013, em 1º de junho de 2015 foi aprovada a Lei Complementar nº 150. A legislação criou, do ponto de vista técnico-jurídico, um microsistema normativo do trabalho doméstico³⁵, de modo que, a partir de então, a categoria passou a ser regulamentada: pela própria LC nº 150/2015; pela Constituição, sobretudo o art. 7º, parágrafo único; e pela CLT, aplicável à categoria de forma subsidiária, desde que “observadas as peculiaridades do trabalho doméstico”³⁶ (art. 19 da LC nº 150/2015). Mais recentemente, também a Convenção nº 189 da OIT, ratificada no Brasil em 2018, passou a compor este microssistema normativo.

A LC nº 150/2015 reconheceu a categoria doméstica como titular de grande parte dos direitos fornecidos aos(as) trabalhadores(as) em geral. Foi, também, por meio dela que se regulamentou a inserção obrigatória das empregadas domésticas no FGTS e o acesso de tais profissionais ao seguro-desemprego – desta feita em caráter obrigatório, ao contrário do que fez a legislação do ano de 2001. Pela extensão e pelos propósitos deste artigo, é inviável comentar todas as disposições da LC nº 150/2015. No entanto, ilustrativamente, destacamos que tal legislação regulamentou: a) a limitação da jornada já reconhecida pela EC nº 72/2013 (art. 2º); b) o regime de compensação de jornada (art. 2º, §4º); c) o trabalho em regime de tempo parcial (art. 3º); d) a jornada 12x36 (art. 10º); e) o contrato por prazo determinado (art. 4º); f) o contrato de experiência (arts. 5º a 8º); g) o prazo de 48 horas para anotação da CTPS (Art. 9º); h) a obrigatoriedade do registro de jornada, sendo tal ônus do empregador (art. 12); i) intervalos intra e interjornada (arts. 13 e 15); j) o adicional noturno (art. 14); k) o descanso semanal remunerado (art. 16); l) o direito às férias, acrescidas do terço constitucional – este também já garantido desde a Lei nº 11.324/2006 – (art. 17); entre outros institutos.

A referida legislação, no entanto, instituiu um conceito bastante restritivo de empregado(a) doméstico(a): nos termos de seu art. 1º, considera-se trabalhador ou trabalhadora doméstica aquele ou aquela que presta serviços por mais de dois dias na semana, a pessoa ou família, com pessoalidade, continuidade, onerosidade e subordinação jurídica, desde que os serviços prestados não possuam finalidade lucrativa. Esta definição legal exclui, de imediato, as chamadas diaristas, isto é, trabalhadoras que exercem, de forma remunerada, as atividades típicas do trabalho doméstico, mas que não trabalham para uma

³⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1481 p.

³⁶ BRASIL. *Lei Complementar Nº 150, de 1º de junho de 2015*. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm. Acesso em: 27 mar. 2024.

mesma pessoa ou família por mais de dois dias em uma semana. A redação do citado art. 1º conduz à compreensão de que, juridicamente, essas profissionais são consideradas autônomas e, portanto, não são beneficiárias de quaisquer dos direitos trabalhistas e previdenciários assegurados pela legislação. A consequência disso é que trabalhadoras que exercem sua função com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação (elementos fático-jurídicos da relação de emprego extraídos do art. 3º da CLT), por dois dias na semana, ilustrativamente, não possuem direito à proteção juslaboral, e somente podem acessar seus direitos previdenciários desde arquem com suas contribuições, seja como autônomas, seja como microempreendedores individuais (MEIs). Foi legitimada e institucionalizada a precarização de tais trabalhadoras.

Quanto ao ponto, salientamos que dados recentes do IBGE, sistematizados pelo DIEESE, atestam que, nos últimos dez anos, a porcentagem de empregadas domésticas caiu em relação à de diaristas: em 2013, a porcentagem de mensalistas era de 62,5% e a de diaristas era de 37,5%, ao passo que, em 2022, o primeiro grupo passou a representar apenas 56,4% deste total, enquanto o segundo passou a compor 43,6% do todo.³⁷ Essa realidade sugere que a instituição do critério do mínimo de três dias na semana para fins de configuração da continuidade e do liame empregatício fomentou a precarização da categoria, na medida em que criou a possibilidade, para empregadores, de obtenção da mão de obra sem reconhecimento de vínculo de emprego, a partir da concentração de todas as atividades domésticas em dois dias em uma semana. Tal exigência, por sua vez, acentua o grau de exploração das trabalhadoras, na medida em que implica na intensificação de suas jornadas de trabalho por meio de seu maior desgaste físico.

A adoção do critério da continuidade – mais específico – em detrimento do critério da não eventualidade está em desacordo com o texto da Convenção nº 189 da OIT (Convenção sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos), ratificada no Brasil em 2018. A Convenção, por meio de seu art. 1º, considera que são trabalhadoras(os) domésticas(os) todas as pessoas que vivem desta ocupação, isto é, que tem nessa atividade sua fonte de renda, independentemente da quantidade de dias na semana nos quais este trabalho é prestado para uma mesma pessoa ou família.³⁸ Ela determina que os Estados signatários devem adotar uma série de medidas de modo a assegurar a promoção do *trabalho digno* – nos termos compreendidos pela OIT – a tal categoria, fixando direitos como a liberdade de associação, a erradicação do trabalho infantil e condições equitativas de emprego em relação aos(as) trabalhadores(as) em geral, inclusive no que se refere à remuneração, à limitação da jornada e às férias.

³⁷ DIEESE. O trabalho doméstico 10 anos após a PEC das Domésticas. *Estudos e Pesquisas*, n. 106, p.1-25, 2023.

³⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 189 sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos*. 2011.

Em decorrência disso, Pamplona Filho e Branco³⁹ ressaltam que, malgrado a Convenção tenha sido aprovada com o discurso de que os direitos nela previstos já estariam assegurados pela LC nº 150/2015, há um descompasso entre o conceito de trabalhador(a) doméstico(a) adotado na norma internacional e o interno, tendo em vista que a LC nº 150/2015, como já explanado, exclui as diaristas de seu espectro de incidência. Nesse sentido, ao não conferir a este grupo de trabalhadoras a mesma proteção legal garantida às mensalistas, o Estado brasileiro descumpre a norma internacional ratificada e em vigor.

Para além das questões relacionadas à expressa exclusão das diaristas da proteção trabalhista, salientamos que, pela LC nº 150/2015, nem mesmo as trabalhadoras domésticas mensalistas tiveram seus direitos equiparados aos(as) trabalhadores(as) em geral. A diferenciação é observável sobretudo no que se refere ao acesso à seguridade social⁴⁰. O direito fundamental ao seguro-desemprego (art. 7º, II, da Constituição de 1988), aplicável às trabalhadoras domésticas de forma facultativa desde a Lei nº 10.208/2001 e de forma obrigatória desde a LC nº 150/2015, é reconhecido de maneira desigual em relação à categoria aqui analisada: trabalhadores(as) celetistas comuns possuem direito a receber de três a cinco parcelas do seguro, em valor variável, calculado conforme seu salário médio (arts. 4º e 5º da Lei nº 7.998/1990), ao passo que, nos termos do art. 26 da LC nº 150/2015, o seguro-desemprego das trabalhadoras domésticas corresponde a um salário-mínimo e é pago por período máximo de três meses. Ademais, o período aquisitivo e o prazo de solicitação também são distintos para as trabalhadoras domésticas: enquanto o período aquisitivo estabelecido para os(as) trabalhadores(as) em geral é de doze meses, para as domésticas tal lapso temporal é de quinze meses (art. 28, inc. I, da LC nº 150/2015); e, do mesmo modo, enquanto o primeiro grupo pode solicitar o seguro-desemprego em até 120 dias a partir da dispensa, o prazo das trabalhadoras domésticas é de 90 dias contados da demissão (art. 29 da LC nº 150/2015).

As trabalhadoras domésticas também não possuem direito ao abono salarial do Programa de Integração Social (PIS), regulamentado pela Lei nº 9.715/1998. Para além de tais questões, a fiscalização do trabalho doméstico, realizada pelo Ministério do Trabalho e

³⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BRANCO, Maurício de Melo Teixeira. A convenção n. 189 da OIT e a superação do elemento continuidade da prestação dos serviços. *Revista Direito Unifacs – Debate Virtual*, Salvador, n. 234, p. 1-25, dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6409/3907>. Acesso em: 1 abr. 2024.

⁴⁰ Ainda que o Direito da Seguridade Social seja ramo autônomo e não se confunda com o juslaboral, optamos por também tratar dele nesta seção, tendo em vista que o objetivo da análise aqui realizada não é promover um isolamento rigoroso das normas jurídicas a partir do ramo ao qual se inserem, mas analisar, a partir do arcabouço normativo em vigor, quais são os saldos políticos conquistados pelas trabalhadoras domésticas no Brasil. Ademais, Direito do Trabalho e Direito Previdenciário frequentemente dialogam, seja porque diversas verbas de seguridade social são pagas pelo empregador, seja porque seu valor é calculado a partir do montante das verbas de natureza salarial. Ou seja, trata-se de um ramo que, assim como o Direito do Trabalho, tensiona constantemente as relações entre capital e trabalho.

Emprego, é feita de maneira a facilitar a ocultação das violações de direitos, tendo em vista que o procedimento de inspeção realizado pelo(a) Auditor(a)-Fiscal do Trabalho somente pode ocorrer mediante agendamento prévio (art. 44 da LC nº 150/2015).

Percebemos, pois, que a regulamentação do trabalho doméstico no Brasil em moldes protetivos, considerando-se ao menos o patamar civilizatório aplicável à generalidade dos(as) trabalhadores(as) urbanos e rurais do país, permanece incompleta.

3. O DIREITO DO TRABALHO ANTE À EXPLORAÇÃO DAS MULHERES NEGRAS: DAS FUNCIONALIDADES BURGUESAS AOS POTENCIAIS SUBVERSIVOS

Na primeira seção deste artigo, buscamos demonstrar de que maneira o trabalho doméstico foi forjado na sociedade brasileira. Na segunda, analisamos como a legislação trabalhista regulamentou essas relações laborais. Realizado tal esforço, na presente seção articulamos esses conhecimentos à crítica marxista ao direito, de modo a compreender como o Direito do Trabalho atua nos processos de exploração e também de opressão feminina, especialmente no que se refere ao caso das mulheres negras.

Ressaltamos, de antemão, que a exposição realizada anteriormente aborda apenas o momento jurídico de positivação/reconhecimento dos direitos das trabalhadoras domésticas, sem enfoque naquilo que é central: os processos materiais que os possibilitaram. Ainda que essa organização expositiva tenha razão de ser – a ênfase nos aspectos técnicos realizada no item anterior visa assentar as bases para o desenvolvimento da discussão essencial aqui proposta –, ressaltamos que a compreensão do papel exercido pelo Direito do Trabalho nos processos de subjugação⁴¹ das trabalhadoras domésticas requer o foco nas dinâmicas sociais concretas que determinaram a conformação dos dispositivos legais a elas aplicáveis.

Neste debate, reivindicamos Pachukanis, para quem o direito, ao menos em sua forma mais desenvolvida, é resultado da oposição de interesses privados, e constitui um conjunto de relações sociais que emerge para possibilitar a reprodução do capital e a circulação de mercadorias – entre as quais está a força de trabalho.⁴² Por sua vez, o Direito do Trabalho (como ramo jurídico autônomo, que não foi objeto da teorização pachukaniana) surge não de forma concomitante ao sistema capitalista de produção, mas apenas no século XX, como fruto de sua crise, e visando, em tal contexto, conter processos de ebulição

⁴¹ Termo que utilizamos para abarcar os processos de opressão (de gênero e racial) e de exploração feminina, considerando que tais fenômenos se manifestam de forma simultânea e entrecruzada na realidade.

⁴² PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017. 222 p. Tradução de Paula Vaz de Almeida.

social e a possibilidade de alastramento da onda revolucionária bolchevique.⁴³ O ramo jurídico exerce, pois, funcionalidades capitalistas desde sua gênese, na medida em que dá legitimidade à exploração assalariada do trabalho humano, mediada pela forma jurídica do contrato de trabalho, funcionando “muito mais como uma resistência diante da extração do mais-valor absoluto do que do relativo”.⁴⁴ O Direito do Trabalho, assim, *pressupõe* o assalariamento.

Não obstante, a crítica marxista ao direito aqui adotada – principalmente quando utilizada para tratar do Direito do Trabalho em países de capitalismo periférico e de grupos historicamente marginalizados, como é o caso das trabalhadoras domésticas – rejeita concepções que se concentram unicamente no apontamento da essencialidade burguesa da juridicidade.⁴⁵ Para compreender o trabalho doméstico e sua regulamentação no Brasil é preciso ir além, encarando o fenômeno em sua complexidade e apontando não apenas os limites estruturais das reivindicações jurídicas, relacionados à essencialidade burguesa do Direito do Trabalho, mas tratando, também, de outras questões fundamentais, como a maneira pela qual as formas jurídicas interagem com as demais relações sociais típicas do capitalismo brasileiro, entre as quais destacamos o racismo e o sexismo. Disso decorre nosso entendimento acerca da potencialidade das lutas travadas pelas trabalhadoras domésticas no terreno jurídico e para além dele.

Para melhor compreensão destas nuances, é preciso dar visibilidade aos enfrentamentos promovidos por empregadas domésticas brasileiras, majoritariamente negras, com a finalidade de alcançar melhorias em suas condições de trabalho. Nesse sentido, destacamos que a primeira associação de trabalhadoras domésticas no Brasil antecede a própria CLT: trata-se da Associação Profissional de Empregados Domésticos de Santos, fundada já em 1936, por Laudelina de Campos Melo, trabalhadora doméstica nascida em Minas Gerais e militante do movimento negro. A associação, que nasce com a pretensão de se tornar um sindicato, possuía como uma de suas principais bandeiras exatamente a igualdade de tratamento das trabalhadoras domésticas em relação às demais categorias.⁴⁶ Ademais, mesmo antes deste período, já no século XIX, há indícios de mobilização desta

⁴³ SEFERIAN, Gustavo. Entre crises de civilização: ascenso e ocaso das funções capitalistas do Direito do Trabalho e as novas tarefas tático-ambientais da proteção jurídica das trabalhadoras e trabalhadores. *RBEP*, v. 124, 2022.

⁴⁴ SARTORI, Vitor. Marx e o Direito do trabalho: a luta de classes, o terreno jurídico e a revolução. *Revista Katálysis*, [S.L.], v. 22, n. 2, p. 293-308, maio 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1982-02592019v22n2p293>, p. 299.

⁴⁵ Para uma leitura mais aprofundada acerca da tal abordagem da crítica marxista ao direito, consultar: PAZELLO, Ricardo Prestes. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. Curitiba: Programa de Pós-Graduação (Doutorado) em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014.

⁴⁶ BERNARDINO-COSTA, Joaze. Decolonialidade e interseccionalidade emancipadora: a organização política das trabalhadoras domésticas no Brasil. *Sociedade e Estado*, [S.L.], v. 30, n. 1, p. 147-163, abr. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-69922015000100009>.

emergente classe profissional⁴⁷, principalmente na luta pela remuneração, no contexto de definhamento do escravismo.⁴⁸

A mobilização dessas mulheres, portanto, é anterior até mesmo à consolidação do Direito do Trabalho do Brasil, e foi exatamente ela que arrancou da classe patronal as conquistas materiais, mesmo que lentas, narradas na seção anterior. Essa luta, capitaneada por mulheres negras, foi travada durante todo o século XX. A edição da primeira legislação trabalhista para a categoria – a já citada Lei nº 5.859/1972, que conferiu quatro direitos às trabalhadoras domésticas – não foi uma mera liberalidade do regime empresarial-militar, mas fruto dessas mobilizações, como detalham Benevides, Cruz, Araújo e Matias:

O movimento organizado das trabalhadoras domésticas brasileiras realiza, desde o final da década de 1960, congressos nacionais com o objetivo de discutir ações, projetos e perspectivas relacionadas aos direitos da categoria. A APEDSP atuou na luta pelo reconhecimento da profissão, organizando e participando de encontros e congressos regionais e nacionais, incluindo-se o I Congresso Nacional das Trabalhadoras Domésticas, ocorrido em 1968, em São Paulo, no qual estiveram presentes 44 trabalhadoras domésticas de nove Unidades da Federação – UFs (Bernardino-Costa, 2015). O congresso criou uma aliança nacional para a defesa da regulamentação da profissão e da aquisição de direitos previdenciários. Como parte dessa demanda, diferentes associações de trabalhadoras domésticas – entre estas, a APEDSP – enviaram em julho de 1972, em plena ditadura militar, carta com abaixo-assinado para o então presidente Emílio Garrastazu Médici (1969-1974), demandando a regulamentação da profissão.⁴⁹

A regulamentação que veio com a Constituição de 1988 também foi fruto do tensionamento promovido pelas trabalhadoras domésticas no contexto da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). Organizadas para participação na Constituinte desde, ao menos, o 5º Congresso Nacional das trabalhadoras domésticas, realizado em Olinda/PE em 1985, durante a Constituinte cerca de 300 destas trabalhadoras foram à Brasília para acompanhar as discussões e para entregar suas demandas. Em sua estadia na capital federal, essas

⁴⁷ ACCIARI, L. *Paradoxes of subaltern politics: Brazilian domestic workers' mobilisations to become workers and decolonise labour*. London, 2018. Thesis (PhD) – The London School of Economics and Political Science. London, 2018.

⁴⁸ LIMA, Henrique Espada. Wages of Intimacy: Domestic Workers Disputing Wages in the Higher Courts of Nineteenth-Century Brazil. *International Labor and Working Class History*, 88, 11-29, 2015.

⁴⁹ BENEVIDES, Laura Tereza; CRUZ, Luísa; ARAÚJO, Anna Bárbara; MATIAS, Krislane de Andrade. Negociação coletiva no trabalho doméstico no Brasil: o caso da convenção coletiva de trabalho do sindicato dos trabalhadores domésticos do município de São Paulo. In: PINHEIRO, Luana; TOKARSKI, Carolina Pereira; POSTHUMA, Anne Caroline (org.). *Entre relações de cuidado e vivências de vulnerabilidade: dilemas e desafios para o trabalho doméstico e de cuidados remunerado no Brasil*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea); Organização Internacional do Trabalho (Oit), 2021, p. 246.

mulheres ficaram alojadas no ambiente precário de uma creche, e chegaram, por diversas vezes, a ser impedidas de adentrar ao parlamento.⁵⁰

Do mesmo modo, os patamares mínimos de dignidade que essas trabalhadoras obtiveram após a edição da EC nº 72/2013 e a LC nº 150/2015, consistentes na limitação de suas jornadas, no direito ao FGTS e ao seguro-desemprego, ao pagamento de horas extras, à proibição ao trabalho infantil, entre outras, somente foram conquistados graças à sua luta histórica.

Nesse sentido, se o Direito do Trabalho brasileiro já nasceu negando às trabalhadoras domésticas a condição de empregadas – sendo tal condição posteriormente conquistada como fruto de suas mobilizações – a instrumentalização burguesa de tal ramo jurídico, na realidade periférica brasileira, não ocorre apenas por meio das funções capitalistas exercidas por ele de forma convencional, relacionadas à sua própria natureza, mas também de forma peculiar, por meio de sua deliberada ausência no que se refere a parcelas específicas da população marginalizada. Isto é, em se tratando das trabalhadoras domésticas, afora o que já é comum ao Direito do Trabalho de forma geral, sua funcionalidade burguesa se revela sobretudo pela redação original do art. 7º, “a”, da CLT, que excluía a categoria da normatização celetista. Ela se mostra, também, pelas demais negativas do Direito do Trabalho e também do Direito da Seguridade Social no que se refere a tais profissionais ao longo do século XX e ainda na atualidade – porquanto, como demonstrado alhures, essas mulheres continuam a não titularizar todos os direitos previstos para a população trabalhadora formal no Brasil, seja porque a legislação não promoveu uma equiparação plena da categoria, seja porque ela não é aplicada.

Diante destes achados de pesquisa, os apontamentos centrais defendidos neste trabalho são os de que: (a) a negativa de incidência da proteção social e trabalhista às trabalhadoras domésticas – desde o vácuo normativo que perdurou de 1888 a 1972 ao momento atual, no qual ainda não há equiparação total da categoria doméstica às demais – só pôde ocorrer graças a fenômenos como a opressão feminina, o racismo e o colonialismo, ao mesmo tempo em que tal (des)regulamentação jurídica fomentou e continua a fomentar a permanência destas formas de opressão; (b) para além do apontamento da essencialidade burguesa da juridicidade, a análise ao caso das trabalhadoras domésticas no Brasil evidencia potenciais subversivos da utilização tática do Direito do Trabalho por parte de populações subalternizadas.

Desenvolvendo as conclusões anteriormente sintetizadas, destacamos que não é uma coincidência que, em um país onde as atividades domésticas foram exercidas por mais de três séculos por mulheres negras escravizadas, a profissão desempenhada preponderantemente pelas suas descendentes tenha sido desvalorizada, invisibilizada e re-

⁵⁰ OLIVEIRA, Bárbara Galli de. “Como se fosse da família”: o movimento das trabalhadoras domésticas na assembleia nacional constituinte (1986-1988). *Revista Historiar*, São Paulo, v. 13, n. 25, p. 1-16, dez. 2021.

conhecida como um trabalho inferior, não digno de proteção trabalhista, ou digno de uma proteção atenuada. A exploração do trabalho doméstico remunerado, exercido, em maioria, por mulheres negras, foi e continua a ser possibilitada por relações sociais como o sexismo e o racismo.⁵¹

Nesse contexto, racismo e sexismo, e, consequentemente, divisão racial e sexual do trabalho, são estruturas essenciais à reprodução do capital no contexto latino-americano e dependente. São essas estruturas de opressão que permitem que, não só pela desvalorização do trabalho doméstico remunerado, mas também pela realização de tal atividade de forma gratuita por mulheres, no contexto familiar, a classe burguesa reduza ao máximo o custo da mercadoria força de trabalho. Isto pois, se todos os trabalhadores e trabalhadoras, sem divisão sexual do trabalho, realizassem atividades domésticas, a classe patronal teria que diminuir a jornada de trabalho para que houvesse tempo e energia para a realização dessas atividades; ou então teria de patrocinar as tarefas reprodutivas – opções que geram, ao menos de maneira imediata, uma retração da lucratividade.⁵²

Desse modo, na medida em que promove a desvalorização e ocultação do trabalho realizado por mulheres e por pessoas racializadas, divisão sexual e racial do trabalho são benéficas ao capital, pois permitem, nos termos marxianos⁵³, um aumento da mais-valia relativa – a partir da diminuição dos custos de manutenção da força de trabalho – e também, de forma indireta, da mais-valia absoluta – ao possibilitar a ampliação das jornadas de trabalho em geral, tendo em vista o trabalho doméstico e de cuidado realizado por mulheres. Permite, igualmente, um uso funcional da massa marginal⁵⁴ típica do capitalismo brasileiro.

No caso das trabalhadoras domésticas, portanto, a burguesia se utiliza taticamente do Direito do Trabalho a partir da sua negativa. É negando a essas mulheres a condição de trabalhadoras que se pode explorar a mão de obra produtiva como um todo de maneira mais eficiente, a partir da redução dos custos com capital variável. No entanto, esta realidade não decorre apenas da esfera econômica, tendo em vista que o racismo e o sexismo, em relação dialética com o Direito do Trabalho, criaram as condições para que ela fosse constituída, ao mesmo tempo em que fundamentam a sua continuidade. É por essa razão que entendemos

⁵¹ BENITEZ, Carla Martins; MAMEDE, Renata; GOMES, Catharina; DADU, Karolina. Violência de gênero e saúde da mulher negra: abordagens feministas-marxistas desde o Brasil. *Captura Críptica* (online), v. 9, p. 208-224, 2020.

⁵² Para uma análise pormenorizada do trabalho doméstico a partir de uma perspectiva que, fundamentada sobretudo nas categorias da crítica marxista à economia política, prioriza suas implicações econômicas, consultar: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; BIONDI, Pablo. Uma leitura marxista do trabalho doméstico. *Revista Ltr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 75, n. 3, p. 311.

⁵³ MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*, Livro I: O processo de produção do capital (trad. Rubens Enderle, São Paulo, Boitempo, 2013, coleção Marx-Engels).

⁵⁴ GONZALEZ, Lélia. Cultura, etnicidade e trabalho: efeitos linguísticos e políticos da exploração da mulher. In: GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo Afro Latino Americano*. São Paulo: Zahar, 2020, p. 20-38.

que não é possível tratar do trabalho doméstico sem enfatizar as dimensões raciais e de gênero que constituem essa relação laboral, sob pena de adotarmos uma análise que, ainda que marxista, limita a compreensão da realidade à dimensão econômica e subestima o papel exercido pelas demais relações sociais que constituem nosso tecido social.

As trabalhadoras, por outro lado, se utilizam taticamente do Direito do Trabalho a partir de sua afirmação: é pleiteando direitos que elas obtêm saldos políticos concretos e fortalecem laços comunitários, bem como sua consciência de classe. Ilustrativo disso é que os sindicatos das trabalhadoras domésticas, por meio de diversas atividades de formação política e capacitação, difundem uma concepção contra-hegemônica que questiona a divisão sexual do trabalho e propõe que o trabalho doméstico seja considerado como central em nossa sociedade, na medida em que possibilita a realização de todas as demais atividades.⁵⁵

Tal compreensão dos usos políticos do Direito do Trabalho, realizados pela classe patronal (os quais, como demonstramos, não se dão apenas a partir da própria instituição deste ramo como garante do assalariamento, mas também por meio da sua negativa a grupos específicos, como o das trabalhadoras domésticas) e também pelas classes trabalhadoras, permite a adoção de uma postura mais matizada no que se refere às suas potencialidades, e nos leva a compreender que normas como o art. 7º, parágrafo único, da Constituição, a EC nº 72/2013 ou a LC nº 150/2015, por outro lado, foram conquistas das trabalhadoras brasileiras, em detrimento de mera manifestação de um “Direito Capitalista do Trabalho”⁵⁶. Ela nos permite, também, perceber que o caráter emancipatório dessas lutas consiste não apenas no que se conquista, mas também – e principalmente – no próprio fazer político, tendo em vista que é a mobilização classista que possui a potencialidade de fomentar a formação da consciência de classe, necessária à passagem do terreno jurídico ao revolucionário.⁵⁷

Tudo isso demonstra o Direito do Trabalho em sua particularidade histórica de ser o único ramo construído pelos oprimidos e oprimidas⁵⁸, bem como assinala o seu potencial como instrumento de mobilização daqueles e daquelas que, neste campo, desenvolvem enfrentamentos.

⁵⁵ ACCIARI, Louisa; PINTO, Tatiane. Praticando a equidade: estratégias de efetivação de direitos no trabalho doméstico. *Estudos Avançados*, [S.L.], v. 34, n. 98, p. 73-90, abr. 2020. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3498.006>.

⁵⁶ RAMOS FILHO, Wilson. *Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p.95.

⁵⁷ SARTORI, Vitor. Marx e o Direito do trabalho: a luta de classes, o terreno jurídico e a revolução. *Revista Katálysis*, [S.L.], v. 22, n. 2, p. 293-308, maio 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1982-02592019v22n2p293>.

⁵⁸ SEFERIAN, Gustavo. Sobre o uso da miséria historiográfica e a relevância da investigação histórica na aplicação do Direito do Trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, [S.L.], v. 43, p. 1-25, 23 abr. 2020. Universidade Federal de Goiás. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v43.58361>.

CONCLUSÃO

A análise do trabalho doméstico remunerado e a sua regulamentação no Brasil demonstra que opressões de raça e de gênero são constitutivas e essenciais na conformação de nossa sociabilidade capitalista e periférica. Mesmo a extração da mais-valia depende, para sua realização, de tais relações sociais. Consequentemente, toda investigação a este tema que pretenda ser estritamente técnica ou jurídica não é capaz de responder o porquê da mora legislativa no que se refere à proteção trabalhista da categoria ora estudada.

Na contramão de tal abordagem, nossa proposta de crítica à regulamentação do trabalho doméstico remunerado no Brasil aponta para a necessidade de adoção de uma perspectiva interdisciplinar, a qual, fundamentada no método materialista e dialético, enfatiza e considera não somente a dimensão econômica, mas também fatores como as divisões sexual e racial do trabalho.

Nesse sentido, nossos achados de pesquisa indicam, primeiramente, que a ausência de alcance do Direito do Trabalho no que se refere à categoria doméstica só pôde ser praticada em decorrência do racismo e do sexismo, ao mesmo tempo em que o próprio Direito do Trabalho, ao discriminar essas trabalhadoras, fomentou e continua a fomentar a manutenção dessas relações de opressão. Isto é, na periferia do capitalismo, o Direito do Trabalho manifesta sua funcionalidade burguesa não apenas por sua própria natureza de ramo jurídico regulamentador da venda de força de trabalho como mercadoria, mas também de forma particular, por meio da negativa de sua incidência em relação a grupos sociais subalternizados, como o das trabalhadoras domésticas.

Em segundo lugar, o percurso teórico desenvolvido até o momento nos leva à compreensão de que, para além do reconhecimento da essencialidade burguesa da juridicidade, comum àqueles e àquelas que partem da crítica marxista ao direito de matriz pachukaniana, o enfoque na luta histórica das trabalhadoras domésticas demonstra que sua organização coletiva para realização de reivindicações no campo do Direito do Trabalho possui potenciais subversivos, que podem adquirir contornos anticapitalistas. Isto decorre não somente da melhoria das condições de vida de milhões de trabalhadoras e de suas famílias proporcionada pela conquista de normas como a EC nº 72/2013 e a LC nº 150/2015, mas principalmente do fato de que o fazer político, por meio da reivindicação de direitos, tem gerado o fortalecimento dos laços comunitários e da consciência de classe destas mulheres – condições para um futuro deslocamento da luta do terreno jurídico para o revolucionário.

Em suma, a luta histórica das trabalhadoras domésticas brasileiras aponta para a potencialidade das disputas travadas por trabalhadores e trabalhadoras no âmbito do Direito do Trabalho. Ela demonstra, igualmente, que o combate ao racismo e à opressão feminina não é uma mera consequência da alteração das relações de produção, ao contrário: é parte essencial da luta pela sua transformação e, consequentemente, pelo fim da explo-

ração. Todos estes enfrentamentos podem ser realizados no âmbito do Direito do Trabalho, concomitantemente à luta classista desenvolvida na esfera política. Não se trata, assim, de disputar meramente o Direito do Trabalho, mas nele e para além dele.

REFERÊNCIAS

ACCIARI, Louisa; PINTO, Tatiane. Praticando a equidade: estratégias de efetivação de direitos no trabalho doméstico. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 34, n. 98, p. 73–90, abr. 2020. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3498.006>. Acesso em: 25 mar. 2024.

ACCIARI, L. *Paradoxes of subaltern politics: Brazilian domestic workers' mobilisations to become workers and decolonise labour*. Tese (PhD—The London School of Economics and Political Science), Londres, 2018.

ALMEIDA, Silvio. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BENEVIDES, Laura Tereza; CRUZ, Luísa; ARAUJO, Anna Bárbara; MATIAS, Krislane de Andrade. Negociação coletiva no trabalho doméstico no Brasil: o caso da convenção coletiva de trabalho do sindicato dos trabalhadores domésticos do município de São Paulo. In: PINHEIRO, Luana; TOKARSKI, Carolina Pereira; POSTHUMA, Anne Caroline (org.). *Entre relações de cuidado e vivências de vulnerabilidade: dilemas e desafios para o trabalho doméstico e de cuidados remunerado no Brasil*. Brasília: Ipea; OIT, 2021.

BERNADINO-COSTA, Joaze. Colonialidade e interseccionalidade: o trabalho doméstico no Brasil e seus desafios para o Século XXI. In: SILVA, T. D.; GOES, F. L. (org.). *Igualdade racial no Brasil: reflexões no ano internacional dos afrodescendentes*. Brasília: Ipea, 2013.

BERNADINO-COSTA, Joaze. Controle de vida, interseccionalidade e política de empoderamento: as organizações políticas das trabalhadoras domésticas no Brasil. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 52, p. 471–489, dez. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/eh/a/jFj8ZKYJgFgCrX4JYL9XWCM/?lang=pt>. Acesso em: 25 mar. 2024.

BERNADINO-COSTA, Joaze. Decolonialidade e interseccionalidade emancipadora: a organização política das trabalhadoras domésticas no Brasil. *Sociedade e Estado*, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 147–163, abr. 2015. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-69922015000100009>.

BHATTACHARYA, T. *Teoria da reprodução social: remapear a classe, centralizar a opressão*. Tradução de Juliana Penna. São Paulo: Elefante, 2023.

BHATTACHARYA, Tithi. *What is social reproduction theory?* 2013. Disponível em: <https://socialistworker.org/2013/09/10/what-is-social-reproduction-theory>. Acesso em: 1 mar. 2024.

BENITEZ, Carla Martins; MAMEDE, Renata; GOMES, Catharina; DADU, Karolina. Violência de gênero e saúde da mulher negra: abordagens feministas-marxistas desde o Brasil. *Captura Criptica (online)*, v. 9, p. 208–224, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Rio de Janeiro, RJ, 1 maio 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Publicação Original*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 25 mar. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.078, de 27 de fevereiro de 1941*. Rio de Janeiro, RJ, 27 fev. 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3078-27-fevereiro-1941-413020-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 25 mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972*. Brasília, DF, 11 dez. 1972. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5859.htm. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 95.247, de 17 de novembro de 1987*. Brasília, DF, 17 nov. 1987. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-95247-17-novembro-1987-445652-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.208, de 23 de março de 2001*. Brasília, DF, 23 mar. 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10208.htm. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 11.324, de 19 de julho de 2006*. Brasília, DF, 19 jul. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11324.htm. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013*. Brasília, DF, 2 abr. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; BIONDI, Pablo. Uma leitura marxista do trabalho doméstico. *Revista LTR: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 75, n. 3, p. 311, ano.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIEESE. O trabalho doméstico 10 anos após a PEC das Domésticas. *Estudos e Pesquisas*, n. 106, p. 1–25, 2023.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. *Revista Ciências Sociais Hoje* (ANPOCS), p. 223–243, 1984.

GONZALEZ, Lélia. Cultura, etnicidade e trabalho: efeitos linguísticos e políticos da exploração da mulher. In: GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo Afro-Latino-Americano*. São Paulo: Zahar, 2020, p. 20–38.

KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais. *Dictionnaire critique du féminisme*. Paris: Universitaires de France, 2000. Tradução de Miriam Nobre, ago. 2003. Disponível em: <https://polignu.org/>. Acesso em: 17 abr. 2024.

LIMA, Jéssica C. R.; CAMPOS, Rafael A.; SANTOS, Rodrigo G. Arquitetura da desigualdade: o quarto de empregada como comunicador de uma ordem social estratificada. *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)*, v. 14, n. 41, p. 333–360, ago. 2022.

LEITE, Carlos H. B. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Henrique E. Wages of intimacy: Domestic Workers Disputing Wages in the Higher Courts of Nineteenth-Century Brazil. *International Labor and Working Class History*, v. 88, p. 11–29, 2015.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I: O processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. (Coleção Marx-Engels).

MATTOS, Marcelo Badaró. *A classe trabalhadora: de Marx ao nosso tempo*. São Paulo: Boitempo, 2019.

MELO, Hildete P. de. *O serviço doméstico remunerado no Brasil: de criadas a trabalhadoras*. Rio de Janeiro: IPEA, 1998.

NICOLI, Pedro A. G.; PEREIRA, Flávia S. M. Os segredos epistêmicos do direito do trabalho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, p. 512–536, 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BRANCO, Maurício de M. T. A convenção n. 189 da OIT e a superação do elemento continuidade da prestação dos serviços. *Revista Direito Unifacs – Debate Virtual*, n. 234, p. 1–25, dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6409/3907>. Acesso em: 1 abr. 2024.

PAZELLO, Ricardo P. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. Tese de Doutorado (Direito) – UFPR, Curitiba, 2014.

PAZELLO, Ricardo P. Contribuições metodológicas da teoria marxista da dependência para a crítica marxista ao direito / Methodological Contributions of Marxist Dependency Theory to Marxist Critique of Law. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 13, p. 540–574, 9 mar. 2016. Universidade do Estado do RJ. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2016.21633>. Acesso em: 1 mar. 2024.

OLIVEIRA, Bárbara G. de. “Como se fosse da família”: o movimento das trabalhadoras domésticas na assembleia nacional constituinte (1986–1988). *Revista Historiar*, v. 13, n. 25, p. 1–16, dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 189 sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos*. Genebra: OIT, 2011.

PINTO, Tatiane de O. “Eu tinha uma certa liberdade”: famílias, direitos e dispositivos de resistência de trabalhadoras domésticas de Nova Iguaçu – RJ. Tese (Doutorado em História, Política e Bens Culturais) – FGV, Rio de Janeiro, 2019.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, E. (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RIBAS, I. F.; DIAS, F. A. dos S. Trabalho doméstico e capitalismo: a naturalizada sina socioambiental das mulheres. *Trabalho & Educação*, Belo Horizonte, v. 29, n. 2, p. 77–88, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/trabedu/article/view/14672>. Acesso em: 28 fev. 2024.

SARTORI, Vitor. Marx e o direito do trabalho: a luta de classes, o terreno jurídico e a revolução. *Revista Katálysis*, v. 22, n. 2, p. 293–308, maio 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1982-02592019v22n2p293>.

SEFERIAN, Gustavo. Sobre o uso da miséria historiográfica e a relevância da investigação histórica na aplicação do Direito do Trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 43, p. 1–25, 23 abr. 2020. UFG. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v43.58361>.

SEFERIAN, Gustavo. Entre crises de civilização: ascenso e ocaso das funções capitalistas do Direito do Trabalho e as novas tarefas tático-ambientais da proteção jurídica das trabalhadoras e trabalhadores. *Revista Brasileira de Estudos Pagos (RBEP)*, v. 124, 2022.

SEFERIAN, Gustavo. *Direito do Trabalho como barricada: sobre o uso tático da proteção jurídica das trabalhadoras e trabalhadores*. Belo Horizonte: RTM, 2021.

SCHIO, Adriana C. de S.; GUNTHER, Luiz E. O FGTS do empregado doméstico já é uma realidade? *JusLaboris*, Brasília, p. 21–35, jun. 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/91701>. Acesso em: 16 abr. 2024.

SOUZA NETO, Cláudio P.; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

YOSHIKAI, Livia M. O. *Análise psicossocial da trabalhadora doméstica através das representações sociais do trabalho*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – USP, São Paulo, 2009.

DIREITO EMPRESARIAL

EXTENSÃO SUBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA: MITIGAÇÃO DA RELATIVIDADE DA EFICÁCIA CONTRATUAL

*Eduardo Haas Blume
Mariana da Rosa e Silva*

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o princípio da relatividade dos efeitos contratuais e sua mitigação no direito contemporâneo, trazendo a visão de diversos doutrinadores acerca do tema e a progressiva positivação desse fenômeno na legislação brasileira. Também, explora, com viés crítico, a extensão subjetiva da cláusula compromissória no âmbito da arbitragem frente a terceiros não signatários como exemplo específico da relativização dos contratos, por seus efeitos jurisdicionais e possível potencial de ferir com a autonomia contratual e acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Extensão subjetiva; Princípio da Relatividade.

ABSTRACT

This article aims to analyze the principle of relativity of contractual effects and its mitigation in contemporary law, presenting the views of various scholars on the subject and the progressive codification of this phenomenon in Brazilian legislation. Additionally, it critically explores the subjective extension of the arbitration clause in the face of non-signatory third parties as a specific example of contract relativization, considering its jurisdictional effects and potential to undermine contractual autonomy and access to justice.

KEYWORDS: Arbitration; Subjective extension; Principle of Relativity.

INTRODUÇÃO

O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos é um dos pilares fundamentais do Direito dos Contratos, estabelecendo que os efeitos das cláusulas contratuais se limitam aos contratantes, não prejudicando nem beneficiando terceiros. No entanto, essa concepção não implica que os contratos sejam totalmente indiferentes aos terceiros.

No contexto da arbitragem, a cláusula compromissória estabelece a regra geral de que vincula apenas as partes expressamente contratantes. Porém, como muitos princípios

contratuais clássicos, a relatividade dos efeitos contratuais e a regra geral de consentimento expresso não são absolutos.

Dentro desse contexto, a extensão subjetiva da cláusula compromissória surge como uma exceção à regra da relatividade contratual, que está se expandindo tanto na jurisprudência e na doutrina visto uma tendência crescente de aceitação da extensão subjetiva da cláusula compromissória.

Em suma, a mitigação da relatividade dos efeitos contratuais, especialmente no que se refere à extensão subjetiva da cláusula compromissória na arbitragem, reflete a evolução do Direito em se adaptar às complexidades das relações contratuais modernas, equilibrando a autonomia da vontade com a proteção dos interesses das partes e terceiros envolvidos.

1. O PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DOS CONTRATOS

O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos pressupõe, em síntese, que a eficácia das cláusulas contratuais está limitada aos contratantes, sendo vedada a afetação de terceiros não signatários¹. Na doutrina clássica diz-se que o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*², ou seja, produz efeitos apenas entre os contratantes, não prejudicando, tampouco beneficiando, terceiros³.

Essa concepção não significa, contudo, que os contratos são absolutamente indiferentes aos terceiros, mas sim, que seus efeitos imediatos são oponíveis apenas aos polos contratuais⁴. Sua existência, pelo contrário, é oponível aos terceiros, que devem respeitar a relação jurídica instaurada por meio do negócio jurídico que o originou⁵. Em um contrato de compra e venda, por exemplo, é evidente que a obrigação ali surgida diz respeito apenas aos signatários, sendo impossível exigir seu cumprimento a terceiro não relacionado com o negócio. Entretanto, esse terceiro, uma vez que toma conhecimento da existência da relação obrigacional, adquire dever de abstenção de atos intervenientes ao negócio⁶, tem-se então exemplo que será explorado posteriormente de mitigação da relatividade contratual.

Voltando-se à arbitragem, coloca-se ao centro o acordo de vontades para a produção de, sobretudo, duas categorias de efeitos processuais: (i) vincular as partes a submeter

¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 71.

² Vicente de Paula Saraiva (1999:722) apresenta essa tradução: “A coisa (= negócio jurídico) concluída entre certas (pessoas) nem prejudica nem aproveita aos outros (= a terceiros)”.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 23. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023. p. 37.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Volume III: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 18 ed., 2014, p. 15.

⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 71.

⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. pp. 60-61.

os litígios decorrentes daquela relação contratual ao juízo arbitral; (ii) derrogar a jurisdição estatal para solução do litígio, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros⁷. Assim, tem-se, a princípio, que a vinculação ao tribunal arbitral e que a derrogação da jurisdição estatal diz respeito apenas às partes que consentiram com a cláusula compromissória, sendo que terceiros não estão submetidos à jurisdição arbitral, devendo submeter seus litígios ao crivo estatal. No âmbito da arbitragem, o princípio da relatividade dos contratos estabelece a regra geral de que a cláusula compromissória vincula somente as partes que a tenham expressamente contratado⁸.

Porém, como a quase totalidade dos princípios clássicos do contrato, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais não é absoluto. A expansão das cláusulas gerais, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato estão dentre alguns dos exemplos mais comuns de derrogação da relatividade da eficácia contratual para a afetação de terceiros. Especificamente no âmbito da arbitragem, cabe citar a extensão subjetiva da cláusula compromissória como o exemplo mais evidente da mitigação da relatividade dos efeitos contratuais, pois acarreta o dever de terceiro não signatário de submeter-se à jurisdição arbitral.

2. MITIGAÇÃO DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS

Superado o absolutismo clássico da relatividade dos efeitos do contrato, a doutrina e jurisprudência modernas foram desenvolvendo diversas hipóteses de mitigação desse princípio, tanto para a proteção de interesses dos contratantes, como também do terceiro.

Como citado anteriormente, há a doutrina da tutela externa do crédito, em que ocorre a oponibilidade a todos de um dever de abstenção de afetação do direito do credor, possibilitando, em hipótese contrária, a responsabilização extracontratual do terceiro não signatário⁹. Trata-se de uma doutrina desenvolvida ao longo da história, superando o dogma de que o direito de crédito produz efeitos apenas inter partes. A moralização do direito levou à aceitação de que a “violação do direito de crédito por terceiro, de forma intencional, passou a ser vista como uma conduta reprovável, que não podia ficar impune pelo ordenamento jurídico”¹⁰.

Outra exceção, claramente positivada no Código Civil (arts. 436 a 438) é da estipulação de favor para terceiro, que legitima o não signatário externo ao contrato de até

⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 79.

⁸ KINNEAR, Meg. N.; FISCHER, Geraldine R. Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID. *Kluwer Law International*, 2015. pp. 331 – 348.

⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: Contratos*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 61.

¹⁰ BELO, Emília Bandeira. Tutela externa do direito de crédito. *Revista dos Tribunais Nordeste: RTNE*, v. 2, n. 5-6, p. 75-115, 2014. p. 80.

mesmo exigir o cumprimento da obrigação, muito embora não ocupando nenhum dos polos contratuais de maneira explícita. Também, pode-se citar as convenções coletivas de trabalho e fideicomisso constituído por ato intervivos¹¹.

A hipercompeixibilidade das operações econômicas atuais causou a expansão da abrangência da função social do contrato, em vista do “potencial de influir de forma positiva ou negativa na esfera jurídica de terceiros”, que acarreta a mitigação tanto da noção de autonomia contratual, como também da relatividade da eficácia contratual¹².

Talvez, a exemplificação mais nítida da mitigação da relatividade dos efeitos do contrato ocorra no Código do Direito do Consumidor, em que a eficácia contratual, para fins de responsabilização civil, atinge, muito além dos polos contratuais, como também o fabricante, o distribuidor, o atacadista, o titular da marca, dentre outros terceiros indiretamente relacionados com a relação de consumo e possam contribuir com danos ao consumidor¹³.

A arbitragem, como meio adequado de solução de litígios, embora fundada na autonomia da vontade e pautada na limitação jurisdicional dos árbitros por meio da manifestação explícita de vontade dos contratantes, não está imune à mitigação da relatividade da eficácia contratual. É o que se verá a seguir.

3. EXTENSÃO SUBJETIVA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A solução arbitral pressupõe sempre um acordo de vontades, oriunda da autonomia contratual, em que as partes concordam livremente em abrir mão de solucionar qualquer mérito por meio da via judicial, observando sempre as normas de ordem pública¹⁴. É lógico, assim, que, em regra, quem não participa da relação contratual de que a cláusula compromissória impõe a obrigatoriedade da arbitragem, não está submetido à jurisdição arbitral, sendo livre para utilizar-se da jurisdição estatal para solucionar sua lide.

Nesse sentido, a opção pela via arbitral tem natureza contratual, baseada no consensualismo¹⁵ que deve ser manifestado de modo inequívoco, devendo, em tese, a cláusula compromissória ser estipulada por escrito, de forma clara e objetiva¹⁶. É essa

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 23. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023. p. 37.

¹² LEONARDI, Felipe Raminelli. É possível ir além da relatividade contratual. *Revista de Direito Privado*, v. 49, p. 147 - 185. 2012. p. 166.

¹³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 62.

¹⁴ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 96.

¹⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 452.

¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 107.

obrigatoriedade do consenso que leva ao debate da extensão subjetiva da cláusula compromissória¹⁷. Não é por outra razão que a regra geral será de que a convenção de arbitragem se aplica exclusivamente em relação às disputas inseridas em seu escopo (arbitrabilidade objetiva) e entre as partes que o firmaram (arbitrabilidade subjetiva)¹⁸.

A tendência crescente da complexibilidade econômica nacional e internacional fez com que surgissem as grandes redes de contratos coligados e conexos. Mesmo que independentes, são contratos com sujeitos e objetos voltando a um objetivo econômico e financeiro comum, usualmente de longa duração e envolvendo muitos sujeitos (como os contratos de EPC - *Engineering, Procurement and Construction*). Assim, florescem litígios envolvendo terceiros ao contrato, mas que tem objeto evidentemente inserido no escopo objetivo da convenção arbitral¹⁹.

A extensão subjetiva será a grande exceção à regra da relatividade da eficácia subjetiva da convenção arbitral, permitindo que terceiros não signatários sejam vinculados à jurisdição arbitral. Aplica-se essa modalidade de extensão da cláusula compromissória em situações específicas, como cadeias de contratos, grupos de empresas, subcontratos, contratos de agência e representação, entre outros²⁰.

Dessa forma, extrapola-se a relatividade dos efeitos positivo e negativo da cláusula compromissória “aos sujeitos que, por alguma razão, não fizeram parte do pacto que convencionou a arbitragem, não obstante tenham participação que justificaria (ou não) a sua inclusão no procedimento arbitral, de modo a serem atingidos pelos efeitos da sentença”²¹.

Importante fixar o caso *Isover St. Gobain v. Dow Chemical (ICC Case No. 4131)*²² como grande precedente da CCI para a permissão de extensão subjetiva cláusula compromissória de terceiro ativamente envolvido na *performance* contratual (consentimento tácito), ainda que não signatário da convenção arbitral²³.

¹⁷ CAMPOS, Eduardo Paschoin de Oliveira. Breve análise da extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v.19/2016, 2016, out, p. 185.

¹⁸ HANOTIAU, Bernard. Non-signatories, groups of companies and groups of contracts in selected Asian Countries: a case law analysis. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International; Kluwer Law International, v. 32, n. 6, 2015. p. 571.

¹⁹ FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 196.

²⁰ NALIN, Paulo. HASSON, Felipe. Existência e validade da cláusula compromissória não escrita: interpretação extensiva do artigo 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem, à luz do direito brasileiro e comparado. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 14, n. 55, pp. 11-37. 2017 p. 14.

²¹ NALIN, Paulo. HASSON, Felipe. Existência e validade da cláusula compromissória não escrita: interpretação extensiva do artigo 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem, à luz do direito brasileiro e comparado. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 14, n. 55, pp. 11-37. 2017 p. 14.

²² ICC Award No. 4131, YCA 1984, at 131 et seq. (also published in: Clunet 1983, at 899 et seq.).

²³ NALIN, Paulo. HASSON, Felipe. Existência e validade da cláusula compromissória não escrita: interpretação extensiva do artigo 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem, à luz do direito brasileiro e comparado. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 14, n. 55, pp. 11-37, 2017, p. 20.

Carlos Alberto Carmona apresenta uma visão fortemente crítica à possibilidade de extensão subjetiva da convenção arbitral no direito brasileiro, pois entende que a convenção se fixa em uma demonstração clara, cabal e inequívoca de vontade dos contratantes de submeter seu litígio ao juízo arbitral. Assim, o afastamento da jurisdição estatal não poderia ser simplesmente deduzido ou entendido pelo árbitro no caso concreto²⁴.

Teresa Arruda Alvim coaduna com esse entendimento, verificando que a extensão subjetiva da cláusula compromissória ocorreu em “decisões mais liberais” de arbitragens internacionais da CCI. Entretanto, afirma que essa solução não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro²⁵.

De fato, a extensão subjetiva da convenção de arbitragem é assunto bastante lacunoso no direito brasileiro, como quase todas as hipóteses de intervenção de terceiro em procedimento arbitral. A deficiência legislativa, contudo, não impediu que o tema tivesse um progressivo desenvolvimento nos tribunais arbitrais e estatais no país. Por isso, resta claro que há clara tendência de maior aceitação desse instituto na doutrina e jurisprudência recentes, como se aprofundará a seguir.

3.1. Extensão subjetiva da cláusula compromissória como mitigação da relatividade contratual

Essencial, antes de estabelecer a mitigação da relatividade dos efeitos da convenção arbitral, destrinchar especificamente qual a eficácia decorrente de uma convenção de arbitragem.

Primeiramente, com o estabelecimento de que o árbitro é “juiz de fato e de direito”, sendo que sua sentença não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18, LArb), de que a arbitragem está relacionada com a atividade jurisdicional (art. 3, §1º, CPC) e do entendimento dominante da jurisprudência do STJ²⁶, a arbitragem possui natureza *sui generis*, diferente da jurisdição estatal, pois deficiente de poder de *imperium*, mas eminentemente jurisdicional (jurisdição privada)²⁷.

Nessa ótica, a eficácia da convenção de arbitragem, como negócio jurídico processual, cria, entre os contratantes, a “obrigação de submeterem à jurisdição arbitral a solução

²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83.

²⁵ ALVIM, Teresa Arruda. Não sujeição do terceiro anuente à cláusula de compromisso arbitral prevista em contrato. *Pareceres - Teresa Arruda Alvim Wambier*. vol. 1. p. 123-144, 2012, p. 130.

²⁶ STJ. AgInt no AREsp n. 2.332.620/PR, relatora Ministra Nancy Andri ghi, Terceira Turma, julgado em 23/10/2023, DJe de 25/10/2023.

STJ. AgInt no REsp n. 1.692.425/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023.

²⁷ FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 116-120.

dos conflitos que porventura venham a surgir como decorrência do contrato principal entre eles firmado, de maneira a excluir terminantemente a jurisdição estatal”²⁸.

Como já apresentado, a eficácia da convenção de arbitragem pode ser resumida em um duplo caráter: (i) vinculação das partes ao juízo arbitral; (ii) derrogação da jurisdição estatal²⁹. São esses os efeitos positivo e negativo da convenção arbitral. O efeito positivo tem relação com as partes e sua obrigação de submeter seus litígios decorrentes do contrato à arbitragem. Por outro lado, o efeito negativo é dirigido ao Estado e a sua absoluta incompetência para a análise de mérito de qualquer lide abarcada pela convenção³⁰.

É evidente que essa dupla faceta eficaz diz respeito exclusivamente às partes que celebraram a convenção arbitral. O terceiro não signatário não pode, em regra, ter seu direito fundamental de ação e, consequentemente, de acesso à justiça estatal (art. 5, XXXV, CF/88), afetado por um acordo do qual sequer participou ou consentiu. No entanto, em geral, as normas preveem que a cláusula compromissória vincule as partes envolvidas, embora não ofereçam explicitamente um meio de determinar quem são essas partes³¹.

Nesse sentido, a extensão subjetiva da convenção de arbitragem é exemplo nítido de mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, fazendo com que a sua eficácia alcance um terceiro não signatário. Tendo em vista a centralidade da autonomia da vontade no âmbito da arbitragem, trabalha-se com a ideia de consentimento tácito do terceiro em consequência de sua ciência da existência da cláusula compromissória no contrato que celebrou contrato conexo em relação, por exemplo. Evidentemente, apenas com uma análise da situação concreta pode-se verificar se o comportamento do terceiro indicaria esse suposto consentimento tácito em relação à submissão de eventuais conflitos à arbitragem³².

Com fim de exemplificação, Tepedino cita a extensão subjetiva vertical da convenção arbitral, como em acordo de acionistas em companhia inserida em cadeia societária de controle, e a extensão subjetiva horizontal, para partes que participaram, direta ou indiretamente, da fase pré-contratual, ainda que não contratantes. De uma maneira geral, assim, explica que a relativização do princípio da relatividade dos contratos, especificamente ana-

²⁸ FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 185.

²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

³⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem* [livro eletrônico]: mediação: conciliação: Tribunal Multipartas. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 174.

³¹ Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, art. 2(3); UNCITRAL Model Law, art. 7(1).

³² KONDER, Carlos Nelson. O alcance da cláusula compromissória em contratos coligados: leitura a partir da tutela da confiança. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 63, p. 295-331, 2019. p. 315. In: MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. CARNEIRO, Bruno Alvim Horta. Extensão da cláusula compromissória em contratos coligados: análise doutrinária e jurisprudencial. *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. 20, n. 78, pp. 7-31, 2023, p. 21.

lisada quanto à extensão subjetiva das convenções arbitrais, é decorrente da oponibilidade a terceiros da eficácia contratual em função do princípio da boa-fé objetiva no âmbito da coligação contratual³³.

3.2. Análise jurisprudencial

Um precedente fundamental para a análise da extensão subjetiva da cláusula compromissória é o caso Dow Chemical x Isover Saint Gobain³⁴, perante a Câmara de Comércio Internacional (CCI), no qual o tribunal arbitral se considerou competente para julgar as demandas apresentadas contra a Isover Saint Gobain pelas sociedades signatárias Dow Chemical A.G. e Dow Chemical Europe, bem como pelas sociedades não signatárias The Dow Chemical Company e Dow Chemical France.

Os árbitros enfatizaram que a legislação escolhida pelas partes, a francesa, não continha disposição alguma que proibisse a extensão da cláusula compromissória a uma parte não signatária, pertencente ao mesmo grupo empresarial. Conforme observado pelos árbitros, a decisão estava alinhada com as exigências do comércio internacional³⁵.

Para chegar a essa conclusão os árbitros avaliaram o contexto, ou seja, a real participação das companhias não signatárias na conclusão, extinção e execução dos contratos, além da união do cenário econômico das empresas. Nesse sentido, a vinculação ou não do não signatário à cláusula arbitral vai ter como ponto de análise fulcral a negociação³⁶.

Como exemplo no cenário brasileiro, se verifica a relativização da extensão da cláusula compromissória, vale analisar o precedente Anel v. Trelleborg³⁷, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), favorável à extensão dos efeitos da convenção arbitral a partes não signatárias do contrato.

Em síntese, o caso aborda a controvérsia sobre a legitimidade da Trelleborg Industri AB para ser parte demandada em um processo arbitral decorrente de um contrato firmado com a Anel Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda. O questionamento surge porque apenas sua subsidiária, a Trelleborg do Brasil Ltda., assinou os contratos contendo a cláusula compromissória, o TJSP entendeu a favor da extensão subjetiva dos efeitos da cláusula.

³³ TEPEDINO, Gustavo. Coligação Contratual e Arbitragem: limites impostos pelo princípio da relatividade dos contratos. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 69, p. 57-77, 2021, p. 60-61.

³⁴ ICC Award No. 4131, YCA 1984, at 131 et seq. (also published in: *Clunet* 1983, at 899 et seq.).

³⁵ MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades*. A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 71-72.

³⁶ BREKOULAKIS, Stavros. *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford University Press, 2008, p. 160-161.

³⁷ TJSP, 13.^a Vara Cível da Capital. Autos 000.01.060969-5. ANEL Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda. v. Trelleborg Industri AB e Trilleborg do Brasil Ltda., j. 08.04.2002.

Foi entendido que, embora a controladora não tenha assinado os contratos que deram origem ao litígio e ao procedimento arbitral, ela esteve envolvida nas negociações, participando das discussões e atuando no processo arbitral instaurado em decorrência da decisão de primeira instância, o aceitando tacitamente (consentimento tácito).

O acordão apresentado evidencia que é viável relativizar a questão do consenso, levando em consideração o contexto. Isso porque uma posição de que a ratificação por escrito da convenção arbitral seria necessária para conferir validade perante a parte controladora estabeleceria um precedente perigoso de evasão do processo arbitral. Mesmo sem a assinatura, não se pode descartar a possibilidade de discutir se o não signatário, por alguma razão factual ou jurídica, não está vinculado à convenção de arbitragem³⁸.

Na esfera do direito societário se atribui à maioria do capital social o poder de direcionar os negócios da companhia e agir em nome da coletividade dos acionistas³⁹, expressando o princípio majoritário (Art. 129, Lei 6.404/76), que é inafastável e governa todas as sociedades⁴⁰.

Somente seria possível imaginar a condução de um negócio por decisões unânimes em sociedades com pouquíssimos sócios e, ainda assim, divergências seriam certas. Nesse sentido, exigir o consenso de todos os acionistas seria imobilizar a sociedade⁴¹ e, logo, inviabilizar seus negócios.

É claro que isso não implica que a maioria deva suprimir os direitos dos minoritários. A premissa fundamental é que o controle da sociedade pelos acionistas majoritários deve ser exercido com base nos princípios da boa-fé e da honestidade⁴².

Seguindo essa abordagem, a necessidade de consenso estipulada pela Lei de Arbitragem deve ser reconsiderada, à luz dos princípios da legislação societária, atribuindo à decisão da assembleia uma validade absoluta e irrestrita perante os membros de um determinado corpo societário.

Os acionistas têm um prazo legal (30 dias) para se retirar caso contrários a cláusula compromissória, ao não sair estão demonstrando consenso com a adoção do instituto arbitral.

³⁸ GASPARETTI, Marco Vanin. Convenção de arbitragem e litisconsórcio necessário: desvinculação de signatários. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 341/2023, 2023, p. 372.

³⁹ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. 2. ed. rev. e ampl. vol. II. arts. 80 a 137. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 202.

⁴⁰ ARMELIN, Donaldo; COSTA, Vamilson José. Da ilegalidade de decisão assemblear em desrespeito ao princípio majoritário e ao poder de controle estável. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 17/2002, 2002, p. 299, jul - set.

⁴¹ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 457.

⁴² CAMPOS, Eduardo Paschoin de Oliveira. Breve análise da extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v.19/2016, 2016, out, p. 187.

Por fim, não há que se falar em não aceite dos sócios que entram após o estabelecimento da cláusula compromissória. Uma cláusula de arbitragem tem tanta existência, validade e eficácia quanto qualquer outra cláusula contratual, um novo sócio não pode alegar não ser vinculado a uma cláusula compromissória por não ter conhecimento dela tanto quanto não pode alegar não ter conhecimento de qualquer outra cláusula⁴³.

3.3. Regulamentação da extensão subjetiva da convenção - Direito Comparado e Doméstico

No âmbito do ordenamento jurídico italiano, a adoção da cláusula compromissória estatutária, com alcance vinculante para todos os acionistas, foi legitimada primordialmente pelo princípio da maioria, ao passo que, quando aplicável, os acionistas discordantes foram assegurados do direito de retirada⁴⁴.

Consoante a isso, a comissão encarregada da revisão da Lei de Arbitragem, que resultou na promulgação da Lei 13.129/2015, estabeleceu um quórum qualificado para a inclusão da cláusula compromissória no estatuto e concedeu aos acionistas que discordarem de sua adoção o direito de recesso (art. 136-A, Lei 6.404/76).

Isso se deve ao fato de que, ao abordar a extensão subjetiva da cláusula compromissória, o contexto desempenha um papel crucial. Elementos como a participação da sociedade não signatária ao longo das negociações possuem mais importância do que simplesmente a assinatura da cláusula⁴⁵.

Essa conclusão não entra em conflito com a Lei de Arbitragem, uma vez que a extensão da cláusula a partes não signatárias é justificada somente quando fica implicitamente demonstrada a vontade de submeter futuros conflitos de interesses ao tribunal arbitral⁴⁶.

De maneira geral, contudo, a intervenção de terceiros em sede arbitral não está regulamentada de maneira direta na Lei de Arbitragem, mesmo após tentativas nas discussões para a reforma ocorrida em 2015, o tema ainda encontra-se lacunoso no direito brasileiro. Apesar disso, infere-se que não há qualquer vedação expressa à possibilidade da intervenção de terceiros não-signatários, desde que consoante à vontade comum dos litigantes⁴⁷, como bem aplicado em julgados arbitrais e judiciais.

⁴³ SHELL, G. Richard. Arbitration and corporate governance. *North Carolina Review*. North Carolina Review Association. Westlaw. p. 550.

⁴⁴ CAMPOS, Eduardo Paschoin de Oliveira. Breve análise da extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v.19/2016, 2016, out, p. 187.

⁴⁵ WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *RArb*, vol. 2, São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 55.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 903/2011, 2011, p. 14, jan.

⁴⁷ FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 196.

CONCLUSÃO

A relatividade da eficácia contratual continua sendo um dos princípios basilares para o Direito dos Contratos. Não se pode imaginar segurança jurídica em um ordenamento que estende os efeitos de um acordo privado firmado entre duas partes livres e capazes a terceiros inadvertidamente, possibilitando prejuízos severos não apenas ao sujeito externo ao contrato, como também aos contratantes, que visam afetar apenas suas próprias esferas jurídicas.

Entretanto, embora os efeitos do contrato afetem, em regra, apenas aos polos contratuais, isso não é absoluto. Como explorado, o desenvolvimento histórico, econômico, jurídico e social levou à mitigação da relatividade dos efeitos contratuais com o objetivo sobretudo de proteção aos terceiros e contratantes. Assim, a mitigação da relatividade dos efeitos do contrato passou a ser positivada e utilizada de maneira mais restrita em algumas áreas, como na tutela externa ao crédito, e mais ampla em outras como no direito do consumidor.

A arbitragem, além de jurisdicional, tem natureza contratual e está intimamente relacionada com a autonomia da vontade e liberdade contratual. Por isso, apenas aqueles que celebraram a cláusula compromissória podem ser afetados pelos seus efeitos positivo (criação da competência arbitral para os litígios) e negativo (afastar a jurisdição estatal para aqueles conflitos). Em vista disso, é natural que os efeitos da cláusula compromissória sejam relativos aos contratantes, pois o afastamento da jurisdição estatal e estabelecimento da jurisdição arbitral dependem de uma manifestação explícita de vontade para tanto, justamente por seus efeitos relevantes.

A relatividade dos efeitos da cláusula compromissória, no entanto, assim como os contratos no geral, não é absoluta. Grande exemplo disso é a extensão subjetiva da cláusula compromissória, aplicável em situações específicas, como contratos conexos e coligados e questões estatutárias em sociedades anônimas, e que permite que os efeitos da convenção de arbitragem atinjam terceiros não signatários.

A extensão subjetiva da cláusula compromissória não é apenas teórica. Muito pelo contrário, possui regulamentação explícita no direito comparado e está sendo cada vez mais aplicada em julgados arbitrais domésticos e internacionais, como também por julgados estatais, como citado anteriormente.

Frisa-se que a extensão subjetiva da cláusula compromissória deve ser sempre excepcional. A convenção de arbitragem é relativa, produz efeitos apenas aos contratantes, pois foram eles que expressaram sua vontade nitidamente com o fim de utilizar-se da arbitragem como meio único para solução de seus litígios. Sua eficácia é extremamente sensível, pois, como negócio processual, afeta diretamente o direito de ação daquele submetido aos seus efeitos, impedindo que busque, por exemplo, no poder judiciário uma solução à sua lide.

Assim, a aplicação inadvertida da extensão subjetiva pode acarretar profundas consequências jurídicas aos envolvidos. O terceiro não signatário, por exemplo, pode ter seu direito de ação suprimido de maneira irregular e inaceitável pelo tribunal arbitral que não possui jurisdição para julgar sua lide. No mesmo sentido, as partes do contrato, que originalmente consentiram com a arbitragem sem a intenção de envolver terceiros, pode ter sua autonomia da vontade desrespeitada pela inclusão de terceiro não signatário da cláusula compromissória.

Por essa razão, coloca-se ao centro a autonomia da vontade e necessidade de análise meticulosa do caso concreto sob a perspectiva da boa-fé objetiva e da função social do contrato. A extensão subjetiva da convenção tem como pressuposto de legitimidade a concordância dos signatários (primazia da autonomia da vontade na arbitragem). A boa-fé e função social do contrato demonstram utilidade sobretudo para a verificação de se a conduta do terceiro realmente o vinculou à relação obrigacional original sob a perspectiva de um suposto consentimento tácito à convenção de arbitragem.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. Não sujeição do terceiro anuente à cláusula de compromisso arbitral prevista em contrato. In: ALVIM, Teresa Arruda. *Pareceres – Teresa Arruda Alvim Wambier*, v. 1, p. 123–144, 2012.

ARMELIN, Donaldo; COSTA, Vamilson José. Da ilegalidade de decisão assemblear em desrespeito ao princípio majoritário e ao poder de controle estável. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 17/2002, p. 299, jul./set. 2002.

BELO, Emília Bandeira. Tutela externa do direito de crédito. *Revista dos Tribunais Nordeste: RTNE*, v. 2, n. 5–6, p. 75–115, 2014.

BRASIL. *Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002*. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Brasília, DF: Senado, 2002.

BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Senado, 1976.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Senado, 1996.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. Brasília, DF: Senado, 2002.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor

sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 2015.

BREKOUAKIS, Stavros. *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 160–161.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem* [livro eletrônico]: mediação: conciliação: Tribunal Multipartas. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CAMPOS, Eduardo Paschoin de Oliveira. Breve análise da extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 19/2016, p. 182 e 187, out. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. 2. ed. rev. e ampl. v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 202.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GASPARETTI, Marco Vanin. Convenção de arbitragem e litisconsórcio necessário: desvinculação de signatários. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 341/2023, p. 372, jul. 2023.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

HANOTIAU, Bernard. Non-signatories, groups of companies and groups of contracts in selected Asian Countries: a case law analysis. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, v. 32, n. 6, 2015.

ICC. *Award No. 4131, YCA 1984*, p. 131 et seq. (também publicado em: *Clunet*, 1983, p. 899 et seq.).

KINNEAR, Meg N.; FISCHER, Geraldine R. Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID. *Kluwer Law International*, 2015, p. 331–348.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 457.

LEONARDI, Felipe Raminelli. É possível ir além da relatividade contratual? *Revista de Direito Privado*, v. 49, p. 147–185, 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MELO, Leonardo de Campos. *Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades: a prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 71–72.

NALIN, Paulo; HASSON, Felipe. Existência e validade da cláusula compromissória não escrita: interpretação extensiva do artigo 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem, à luz do direito brasileiro e comparado. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 14, n. 55, p. 11–37, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Volume III: contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 15.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

SHELL, G. Richard. Arbitration and corporate governance. *North Carolina Review*. North Carolina Review Association. Westlaw. p. 550.

STJ. AgInt no AREsp n. 2.332.620/PR, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 23/10/2023, DJe de 25/10/2023.

STJ. AgInt no REsp n. 1.692.425/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023.

TEPEDINO, Gustavo. Coligação Contratual e Arbitragem: limites impostos pelo princípio da relatividade dos contratos. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 69/2021. p. 57-77. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 903/2011, 2011, p. 14, jan.

TJSP, 13.^a Vara Cível da Capital. Autos 000.01.060969-5. ANEL Empreendimentos, Participações e Agropecuária Ltda. v. Trelleborg Industri AB e Trilleborg do Brasil Ltda., j. 08.04.2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 23. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023.

WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *RArb*, vol. 2, São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 55.

DIREITO TRIBUTÁRIO, FINANCEIRO E DIREITO ECONÔMICO

REFORMA TRIBUTÁRIA, IMPOSTO SELETIVO E DIREITO ALEMÃO: MEDIDAS PARA DESENVOLVIMENTO DA EXTRAFISCALIDADE E TRANSPARÊNCIA FISCAL

Leonardo Matschulat

RESUMO

Este estudo tem por objetivo realizar uma análise do novo Imposto Seletivo aprovado pela EC 132 (Reforma Tributária), bem como sugerir medidas para sua regulamentação infraconstitucional. Para isso, pretende-se conceituar seletividade e extrafiscalidade no sistema tributário brasileiro. Ademais, a comparação jurídica será utilizada a fim de apresentar a extrafiscalidade no direito tributário alemão, em especial na forma dos Ökosteuern (impostos ecológicos). Por fim, com inspiração no Direito alemão e no conceito de ilusão fiscal, serão realizadas três propostas de medidas a serem implementadas para a concretização do novo Imposto Seletivo enquanto imposto de finalidade extrafiscal por excelência.

PALAVRAS-CHAVE: Direito tributário; Imposto seletivo; Extrafiscalidade.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the new Excise Tax approved in the Constitutional Amendment 132 (Tax Reform), as well as to suggest measures for its infra-constitutional regulation. To this end, the aim is to address selectivity and extrafiscality in the Brazilian tax system. In addition, a legal comparison will be used to present extrafiscality in German tax law, especially in the form of Ökosteuern (ecological taxes). Finally, inspired by German law and the concept of fiscal illusion, three proposals will be made for measures to be implemented to make the new Excise Tax a tax with an extrafiscal purpose par excellence.

KEYWORDS: Tax law; Excise tax; Extrafiscality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe medidas a serem implementadas na lei complementar que há de regular o novo Imposto Seletivo, aprovado na Reforma Tributária pela Emenda

Constitucional 132/2023¹. O novo imposto possui características que atraem grande interesse, sendo criado como imposto marcado pelo propósito extrafiscal de proteção do meio ambiente e da saúde pública. Este trabalho visa, inicialmente, utilizar da metodologia jurídico-dogmática a fim de explicar o formato do IS a partir dos conceitos de seletividade e extrafiscalidade, bem como abordar as especificidades do texto aprovado pelo Congresso Nacional. Em seguida, para fins de comparação, será abordada a extrafiscalidade no direito tributário alemão, em especial pela figura dos Ökosteuern (tributos ecológicos). Por fim, aplicando-se a metodologia jurídico-sociológica, serão realizadas três sugestões de medidas a serem incluídas na regulamentação infraconstitucional do novo Imposto Seletivo. Destaca-se que o presente artigo é, em certa medida, uma aposta contra o tempo, visto que a nova lei poderá ser aprovada em breve. Não obstante, entende-se que as reflexões aqui propostas não perderão seu objeto, cabendo sua leitura enquanto crítica ou enaltecimento da legislação aprovada pelo Congresso Nacional.

1. SELETIVIDADE TRIBUTÁRIA, EXTRAFISCALIDADE E “IMPOSTO SELETIVO”

No sistema jurídico brasileiro, tributos são definidos como 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 (art. 3º CTN)². Dentre os tipos tributários existentes, os impostos se caracterizam como tributos que não compreendem uma contraprestação específica da administração pública (art. 16 CTN)³. Não obstante, os impostos não devem incidir sobre qualquer fato gerador, mas apenas sobre revelações de riqueza do contribuinte, como a aquisição de renda, circulação de mercadorias, propriedade predial e territorial urbana, entre outras⁴.

Um imposto seletivo poderia ser entendido como uma concretização da seletividade enquanto subprincípio vinculado à capacidade contributiva⁵. A seletividade implica em tributação mais pesada de produtos considerados supérfluos, partindo-se do pressuposto

¹ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023*. Altera o Sistema Tributário Nacional. Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm. Acesso em: 27 mar. 2024.

² 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. Brasília, DF, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 27 mar. 2024.

³ 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. Brasília, DF, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 27 mar. 2024.

⁴ PAULSEN, L. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 49.

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16. ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 94.

de que os contribuintes adquirentes desses produtos possuem uma maior capacidade contributiva⁶. Em tese, a maior tributação de produtos supérfluos permite a desoneração de produtos essenciais, isto é, aqueles imprescindíveis para a vida comum, como alimentos, medicamentos, produtos de higiene básica, etc.⁷ Dessa forma, diz-se que a seletividade é orientada pela essencialidade, enquanto característica de imprescindibilidade de determinados bens. Naturalmente, a definição da essencialidade não é tarefa simples, e por vezes a lei carece de critérios mais claros acerca da identificação da essencialidade de certos bens e serviços.

A seletividade tributária funciona como uma exceção justificável ao princípio da isonomia. Ambos, no entanto, devem caminhar juntos, com a seletividade atuando para reduzir a tributação de produtos essenciais, e a isonomia restringindo tributações distintas para produtos de mesma essencialidade. Não obstante, também a extrafiscalidade pode servir como exceção à isonomia, apresentando uma diferença entre produtos que, apesar de igualmente essenciais, possuem alguma outra característica que justifique uma tributação particular⁸.

Ressalte-se que um imposto que aplique a seletividade não se propõe necessariamente a fins extrafiscais. Apesar de todo tributo sempre possuir tanto efeitos arrecadatórios como regulatórios⁹, há que se diferenciar os efeitos extrafiscais dos verdadeiros fins extrafiscais¹⁰.

Os efeitos extrafiscais podem ser percebidos como resultado de toda tributação que, ao onerar um bem ou serviço de determinada forma, torna seu consumo mais ou menos custoso para a população. A extrafiscalidade como fim, por outro lado, decorre do uso da tributação com a intenção de incentivar ou desincentivar o consumo de produtos específicos, como meio de contribuir para determinado objetivo estatal¹¹. Ainda que possa haver coincidência entre os produtos considerados supérfluos e os produtos de consumo desencorajado, estes não se confundem. A compra de um automóvel de luxo movido a energia elétrica, por exemplo, poderia ser considerada supérflua levando-se em conta eventuais opções de menor custo. Dificilmente, no entanto, esta compra receberia maior tributação por motivos extrafiscais, considerando inexistir, *a priori*, qualquer razão para o desincentivo da utilização de carros luxuosos de matriz energética renovável¹².

⁶ CONTI, José Maurício. *Sistema constitucional tributário interpretado pelos tribunais*. Oliveira Mendes e Del Rey, 1997, p. 166.

⁷ PAULSEN, L. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 161.

⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 662.

⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 313.

¹⁰ VASQUES, Sérgio. *Os impostos do pecado: o álcool, o tabaco, o jogo e o fisco*. Livraria Almedina. Coimbra, 1999, p. 58.

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 300.

¹² A partir desse exemplo já é possível delinear sérias críticas ao PLP 68/2024, que visa regulamentar a

A promulgação da EC 132 significou um avanço no desenvolvimento da extrafiscalidade na legislação tributária brasileira. A doutrina reconhece a presença inequívoca da extrafiscalidade em outras espécies tributárias, como o Imposto de Importação, que procura proteger a indústria nacional¹³. O novo Imposto Seletivo, no entanto, é mais claro ao prever sua incidência apenas sobre bens e serviços prejudiciais à saúde e ao meio ambiente; a finalidade extrafiscal ganha destaque sobre o propósito meramente arrecadatário.

Essa diferença é importante, à medida que os critérios para controle dos tributos extrafiscais podem ser distintos dos aplicados aos tributos fiscais. A presença da finalidade extrafiscal de forma expressa na norma tributária, portanto, é de fundamental importância para permitir sua análise de legalidade e conformidade aos princípios constitucionais¹⁴. Isto porque a própria utilização do direito tributário enquanto meio para atingimento de finalidades estatais pode entrar em conflito com os direitos constitucionais dos contribuintes, se a extrafiscalidade servir para reforçar privilégios ou relativizar as garantias dos cidadãos¹⁵. Nesse sentido, apesar de haver claro espaço para melhora, o novo Imposto Seletivo possui uma finalidade mais facilmente identificável, quando comparado a outros tributos nacionais.

No que se refere aos impostos seletivos, até então, a Constituição Federal previa apenas a aplicação da seletividade para alguns impostos, o que, ressalta-se, não se confunde com o conceito de extrafiscalidade: a seletividade implica a tributação de produtos supérfluos sem necessariamente buscar a redução do consumo por finalidades extrafiscais. Para alguns deles, a CF firmou critérios mais claros acerca da classificação do bem ou serviço tributado como essencial ou não:

- O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), pelo inciso I do § 3º do artigo 153 e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS),

Reforma Tributária, ainda pendente de aprovação pelo Senado Federal quando da redação deste artigo. A proposta inclui veículos elétricos como objeto de tributação, ao passo que exclui os caminhões. Na definição de critérios para fixação de alíquotas, o legislador incluiu quesitos absolutamente estranhos à natureza do Imposto Seletivo, que em nada dizem respeito à prejudicialidade do produto, como “potência do veículo” e “realização de etapas fabris no País”. Para a íntegra da proposta final aprovada pela Câmara: BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei complementar nº 68, de 2024*. Autor: Poder Executivo. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, jul. 2024. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2456998&filename=REDACAO%20FINAL%20PLP%2068/2024.

¹³ ALVES, Bruna A. M. *et al.* Aplicações da extrafiscalidade no direito brasileiro. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, 2017, p. 290. Disponível em: <https://periodicos.unipe.edu.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/329>. Acesso em: 14 out. 2024.

¹⁴ Defendendo esse ponto em uma análise mais extensa e proveitosa, ver: LEÃO, Martha T. Contributo para o Estudo da Extrafiscalidade: a Importância da Finalidade na Identificação das Normas Tributárias Extrafiscais. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/155>. Acesso em: 14 out. 2024.

¹⁵ ADAMY, Pedro. Instrumentalização do Direito Tributário. In: Humberto Ávila. (Org.). *Fundamentos do direito tributário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 301-330.

pelo inciso III do § 2º do artigo 155, devem considerar a essencialidade do produto, mercadoria ou serviço. Destaca-se que, no caso do IPI, a seletividade é obrigatória¹⁶, enquanto para o ICMS é facultativa¹⁷. Entretanto, a lei não determina quaisquer critérios destinados a orientar a Administração Pública para a identificação da essencialidade no caso concreto;

- O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), conforme art. 155, § 6º, inciso II, possui como critérios a utilização e o tipo do veículo automotor; com a EC 132, o impacto ambiental foi acrescentado como critério;
- O Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) pelo art. 156, § 1º, inciso II, leva em conta a localização e o uso do imóvel.

Ao analisar o novo Imposto Seletivo, verifica-se que sua seletividade não é a normalmente vista no sistema tributário brasileiro, na qual são meramente fixadas alíquotas distintas; no novo Imposto Seletivo, a seletividade é aplicada na decisão, pelo legislador, de criar o imposto para tributar produtos que contêm a prejudicialidade à saúde ou ao meio ambiente como característica comum. Logo, verifica-se um deslocamento da seletividade orientada pela essencialidade, para uma seletividade orientada pela prejudicialidade.

Trata-se de inovação de grande relevância, que implica em nova discussão acerca da definição de seletividade dentro do sistema jurídico brasileiro. No entanto, a exaustão desse debate não está dentro dos limites deste artigo; cabe concluir, no entanto, que o termo “imposto seletivo” pode ser um apelido que não corresponde a atual compreensão da doutrina acerca da seletividade, sendo o IS não mais seletivo que qualquer outro imposto, no sentido de selecionar bens ou serviços específicos para serem tributados¹⁸. No entanto, é também possível observar que o IS poderá servir de paradigma para alterar a compreensão de seletividade, desvinculando-a da orientação necessariamente voltada à essencialidade para utilização de outros critérios, como o grau de prejudicialidade.

Realizada a definição de imposto seletivo, cabe agora descrever a nova espécie tributária introduzida no Direito brasileiro pela EC 132.

¹⁶ PAULSEN, L. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 161.

¹⁷ O STF decidiu que, quando os estados fizerem uso da seletividade na aplicação do ICMS, é inconstitucional a aplicação de alíquotas de ICMS superiores à alíquota geral para produtos essenciais, como a energia elétrica: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 714.139. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350102911&ext=.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2024.

¹⁸ O IPTU, por exemplo, seria seletivo no sentido de selecionar apenas propriedades territoriais urbanas para serem tributadas.

2. O IMPOSTO SELETIVO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 132

2.1. Visão geral

A EC 132 alterou o artigo 153 da Constituição Federal, adicionando o inciso VIII:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III - renda e proventos de qualquer natureza;

IV - produtos industrializados;

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI - propriedade territorial rural;

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

VIII - produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, nos termos de lei complementar¹⁹.

O texto da Reforma Tributária aprovada pelo Congresso Nacional sofreu diversas mudanças durante as discussões legislativas, sendo alterada a terminologia utilizada para a criação do novo Imposto Seletivo. Inicialmente, a PEC 45 alterava o artigo 154 da CF, acrescentando o inciso III:

Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

III – impostos seletivos, com finalidade extrafiscal, destinados a desestimular o consumo de determinados bens, serviços ou direitos.²⁰

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição*: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de emenda constitucional nº 45, de 2019*. Autor: Baleia Rossi. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, abr. 2013. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1728369&filename=PEC+45/2019. Acesso em: 27 mar. 2024.

Em uma interpretação sistêmica, a mudança da localização do texto foi bem-vinda, à medida que retirou o Imposto Seletivo do artigo que trata de impostos extraordinários. Simultaneamente, no entanto, o texto aprovado suprimiu a referência explícita à finalidade extrafiscal do novo imposto, optando-se pela previsão de que o tributo incidirá apenas sobre bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente²¹. A supressão do termo “direitos” do projeto também foi razoável, ao excluir a possibilidade de tributação sobre o exercício de direitos, ao invés de sobre o eventual proveito econômico que referido exercício possa trazer.

Em continuidade, o art. 155, § 3º da CF prevê a possibilidade de tributação de derivados de petróleo, combustíveis e da extração de minérios pelo Imposto Seletivo, enquanto o art. 126, inciso I, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determina a cobrança do novo imposto a partir de 2027. Ressalva-se, no entanto, a necessidade de aprovação de lei complementar versando sobre a matéria.

Além disso, conforme §6º do art. 153²² da CF, a incidência do Imposto Seletivo será monofásica, com possíveis mesmos fato gerador e base de cálculo de outros tributos. Não integrará sua própria base de cálculo, mas fará parte da base do ICMS e ISS enquanto estiverem vigentes e, posteriormente, da base de cálculo do Imposto sobre Bens e Serviços e da Contribuição sobre Bens e Serviços.

É perceptível uma possível incompatibilidade entre os incisos I e VII: o inciso I estabelece que o Imposto Seletivo não incidirá sobre exportações, enquanto o inciso VII estabelece expressamente que o imposto será cobrado na extração independentemente da destinação do produto. Resta saber se eventual destinação do produto extraído para exportação estaria livre do imposto, nos moldes do IPI²³.

O inciso I, ao impedir a incidência do Imposto Seletivo sobre energia elétrica, excluiu um fator de enorme relevância para a preservação do meio ambiente, optando pelo

²¹ Proponho que essa substituição, no entanto, não é capaz de colocar em dúvida a extrafiscalidade do imposto, considerando sua incidência apenas sobre bens e serviços prejudiciais à saúde e ao meio ambiente.

²² § 6º O imposto previsto no inciso VIII do *caput* deste artigo:
I - não incidirá sobre as exportações nem sobre as operações com energia elétrica e com telecomunicações;
II - incidirá uma única vez sobre o bem ou serviço;
III - não integrará sua própria base de cálculo;
IV - integrará a base de cálculo dos tributos previstos nos arts. 155, II, 156, III, 156-A e 195, V;
V - poderá ter o mesmo fato gerador e base de cálculo de outros tributos;
VI - terá suas alíquotas fixadas em lei ordinária, podendo ser específicas, por unidade de medida adotada, ou ad valorem;
VII - na extração, o imposto será cobrado independentemente da destinação, caso em que a alíquota máxima corresponderá a 1% (um por cento) do valor de mercado do produto.

²³ A questão ainda não foi suficientemente resolvida pelo PLP 68/2024, o qual manteve a tributação sobre exportações de bens minerais, mas desrespeitou o previsto no inciso VII, ao autorizar a aplicação de alíquota zero sobre a extração de gás natural utilizado para processos industriais.

caminho oposto de tributos criados em países desenvolvidos. A redução do consumo energético é um dos principais fatores a serem promovidos para redução dos danos ambientais. A EC acabou por perder uma grande oportunidade de privilegiar a produção de energia limpa, relegando-a aos mesmos ônus tributários de uma termoeletrica.

2.2. Distribuição de receita, formação de alíquotas e seletividade

A EC 132 estabeleceu regras para a distribuição dos recursos arrecadados pelo erário federal com o novo Imposto Seletivo. O art. 159, inciso I, acrescentou o IS ao Imposto de Renda e IPI, como impostos cuja metade do produto da arrecadação deve ser repassada aos Estados e municípios, através de fundos de participação e programas de financiamento para desenvolvimento regional.

Antes da EC 132, o inciso II do art. 159 previa o repasse de 10% do produto da arrecadação de IPI aos estados, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados. A Reforma Tributária acrescentou o Imposto Seletivo ao mesmo dispositivo, vinculando o repasse à performance exportadora dos estados da federação. Para fins orçamentários, parece totalmente desarrazoado privilegiar os estados exportadores com maiores recursos advindos da taxaçaõ de produtos prejudiciais à saúde, inexistindo qualquer correlação entre os dois critérios. Não obstante, verifica-se, nesse dispositivo, a tentativa do legislador de substituir a receita derivada do IPI com a arrecadação do IS.

Essa intenção também se revela pela redação do art. 130, inciso I do ADCT, o qual determina que a receita da União com o IS e com a nova Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) deverá ser equivalente à redução da receita com PIS/COFINS e IOF (que serão extintos), e com IPI (que será mantido apenas para produtos que façam concorrência à produção industrial da Zona Franca de Manaus). Ademais, o art. 7º da EC 132 prevê expressamente a compensação, por parte da União, de eventual diferença entre o montante anteriormente repassado aos estados pela arrecadação do IPI, e o repasse do arrecadado pelo Imposto Seletivo.

A expectativa de que a arrecadação do novo Imposto Seletivo seja semelhante ao IPI²⁴ pode esbarrar nas diferenças significativas entre as duas espécies tributárias. Verifica-se uma distinção fundamental que concerne à finalidade extrafiscal expressa do novo Imposto Seletivo: a extrafiscalidade do IS atinge sua própria hipótese de incidência²⁵,

²⁴ A União arrecadou 65 bilhões a título de IPI no exercício fiscal de 2023. Fonte: ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SÃO PAULO. *Impostômetro*. Disponível em <https://impostometro.com.br/>. Acesso em: 21 mar. 2024.

²⁵ Nesse ínterim, não cabe aplicar a jurisprudência do Supremo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 429.306. Relator: Joaquim Barbosa. STF, 2011. DJE 16/03/2011 - ATA Nº 30/2011. DJE nº 49, divulgado em 15/03/2011) segundo a qual o princípio da seletividade “não signi-

sendo mais restritiva do que o IPI. Enquanto o IPI, em tese, poderia incidir sobre qualquer produto que sofra processo de industrialização, o IS incidirá apenas sobre produtos e serviços que resultem em danos à saúde ou ao meio ambiente. Tal constatação já é capaz de colocar em xeque a expectativa de arrecadação equiparável, considerando que o IPI incide sobre diversos produtos – como peixe seco, água mineral, ou ração para cães e gatos²⁶ – que não retratam os riscos combatidos pelo Imposto Seletivo. Mesmo a manutenção do IPI para taxar produtos que concorram com a produção industrial de Manaus pode ser insuficiente para manter os níveis de arrecadação.

Ademais, a existência de claro propósito extrafiscal deveria limitar a confiança da Administração Pública para financiamento de suas atividades a partir da receita obtida por meio do IS. Isto porque, se o propósito for bem-sucedido, a arrecadação tende a diminuir, mesmo com eventuais aumentos de alíquotas.

3. A EXPERIÊNCIA ALEMÃ COM IMPOSTOS EXTRAFISCAIS: OS ÖKOSTEUERN

Para propor um modelo efetivo de imposto extrafiscal, é de grande relevância a análise de projetos análogos realizados em países desenvolvidos. No presente artigo, será realizada uma breve análise acerca da tributação de finalidade extrafiscal na Alemanha.

A Alemanha possui um longo histórico de criação de impostos para tributação de produtos específicos, como o tabaco, a cerveja e mesmo o café. Ademais, a experiência alemã com impostos para combate aos danos ambientais remonta a 1999. O eventual propósito extrafiscal já teve sua constitucionalidade confirmada pelo Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão em diversas oportunidades²⁷, e o próprio Código Tributário alemão autoriza a criação de impostos nos quais a função fiscal seja meramente secundária²⁸.

Entretanto, a extrafiscalidade alemã ainda possui desafios para o seu pleno desenvolvimento, mesmo em impostos que incidem sobre produtos de evidente impacto ne-

fica haver imunidade, ainda que as operações ou bens sejam essenciais ao ser humano”, devendo-se considerar “o postulado da solidariedade no custeio das atividades estatais”, visto que, no novo Imposto Seletivo, a CF é clara ao determinar que este incidirá apenas sobre produtos prejudiciais à saúde e ao meio ambiente.

²⁶ BRASIL. *Decreto nº 11.158, de 29 de julho de 2022*. Aprova a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11158.htm. Acesso em: 27 mar. 2024.

²⁷ ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. Stabilitätzuschlag, BVerfGE 36, 1973.
ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. Kapitalertragssteuer, BVerfGE 84, 1991.
ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. Ökosteuern, BVerfGE 110, 2004.

²⁸ ALEMANHA. *Abgabenordnung*, de 1 de outubro de 2002. *Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61)*, die zuletzt durch Artikel 14 des Gesetzes vom 27. März 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 108) geändert worden ist. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/AO.pdf. Acesso em: 28 mar. 2024.

gativo contra a saúde pública, como o tabaco e a cerveja. Prova disso são as frequentes críticas direcionadas ao país pelas alíquotas baixas fixadas sobre bebidas alcoólicas em comparação com os demais membros da União Europeia²⁹, e a carência por um texto de lei mais claro em relação ao propósito extrafiscal, o que prejudica a interpretação e correta aplicação da lei tributária. O *Umsatzsteuer*, equivalente ao novo IBS no Brasil, possui apenas duas faixas de tributação: 19% para bens e serviços em geral, e 7% para uma lista específica composta principalmente por alimentos, livros, bilhetes para eventos culturais, etc.³⁰ A descrição dos critérios utilizados para a fixação dos bens de tributação reduzida é prejudicada em prol de uma definição mais rígida, em atenção ao princípio da legalidade; sua ausência, entretanto, pode vir a justificar questionamentos com relação à isonomia. Não obstante, destaca-se a existência de uma extensa produção e acompanhamento de dados provenientes da arrecadação por impostos extrafiscais, bem como de benefícios fiscais concedidos por finalidades extrafiscais³¹.

É bem verdade que a extrafiscalidade ainda carece de melhor abordagem também pela própria União Europeia. Até recentemente, a Diretiva 92/83, que fixa regras para a determinação de impostos sobre bebidas alcoólicas nos países membros, não continha qualquer menção à saúde pública. A legislação foi editada em 2022 para incluir um singelo dispositivo de revisão periódica dos efeitos da diretiva nos sistemas de saúde pública, avaliando eventuais consequências negativas da autorização legal para fixação de alíquotas menores em circunstâncias específicas³².

Destaca-se também a existência de diversos interesses concorrenciais conflitantes, prejudicando o aprofundamento do debate. Tais interesses também geram resultados como a possibilidade de aplicação de alíquota zero para impostos sobre o vinho, criada pela Diretiva 92/84³³.

²⁹ MANTHEY, Jakob *et al.* *Besteuerung von Alkohol in Deutschland. Alternativer Drogen- und Suchtbericht*, Berlin, p. 39-46, 2021. Disponível em: <https://tls-suchtfraagen.de/wp-content/uploads/2022/01/8.-Alternativer-Drogen-und-Suchtbericht.pdf#page=39>. Acesso em: 27 mar. 2024.

³⁰ ALEMANHA. *Umsatzsteuergesetz, de 26 de novembro de 1979*. *Umsatzsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Februar 2005 (BGBl. I S. 386)*, das zuletzt durch Artikel 23 des Gesetzes vom 27. März 2024 (BGBl. I Nr. 108) geändert worden ist. 23 abr. 2024. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/ustg_1980/USTG.pdf. Acesso em: 23 abr. 2024.

³¹ DEUTSCHER BUNDESTAG (Alemanha). Wissenschaftliche Dienste. *Das Aufkommen und die Wirkungsweise von Lenkungssteuern und Steuervergünstigungen in Deutschland*. 2007. Disponível em: <https://www.bundestag.de/resource/blob/411810/041b2cc14f57e59b196a5706a8e3c981/WD-4-048-07-pdf-data.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2024.

³² UNIÃO EUROPEIA. Diretiva nº 92/83/EEC, de 19 de outubro de 1992. On the harmonization of the structures of excise duties on alcohol and alcoholic beverages. 19 out. 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A01992L0083-20220101>. Acesso em: 27 mar. 2024.

³³ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva nº 92/84, de 19 de outubro de 1992. Council Directive 92/84/EEC of 19 October 1992 on the approximation of the rates of excise duty on alcohol and alcoholic beverages. 19 out. 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A31992L0084>. Acesso em: 28 mar. 2024.

Mais interessante para análise no presente artigo, no entanto, são os chamados *Ökosteuern*³⁴, aqui referindo-se ao imposto sobre energia e o imposto sobre eletricidade³⁵. O imposto sobre energia incide sobre o consumo de derivados de petróleo, gás natural, carvão, entre outros, quando usados para a geração de energia. O imposto sobre eletricidade, por sua vez, incide sobre o consumo de energia elétrica. As receitas da arrecadação são parcialmente vinculadas ao financiamento do sistema de previdência social. Em 2022, o imposto sobre energia gerou uma arrecadação de cerca de 33 bilhões de euros, contra 6 bilhões de euros arrecadados a título de imposto sobre eletricidade, representando, respectivamente, 3% e 0,7% da arrecadação total anual de impostos federais³⁶.

É relevante notar que a vinculação da arrecadação não desconfigura os *Ökosteuern* enquanto impostos na visão do Tribunal Constitucional Federal. Enquanto esses tributos configurarem um ônus geral, imposto a todos que realizam o fato gerador e independentes de qualquer prestação individual, estes se mantêm na categoria de impostos³⁷. Entendia-se que a Constituição e o Código Tributário restringiam a vinculação de receitas provenientes de impostos; no entanto, o TCF admitiu a possibilidade de exceção à norma, quando a destinação de receitas estiver regularmente prevista na lei que institui o tributo, ou na lei orçamentária. Ademais, o Tribunal considerou que a não afetação das receitas é um princípio flexível do direito orçamentário; não há incompatibilidade com a Constituição enquanto o montante vinculado não é tão relevante em comparação com o total da arrecadação, sem configurar uma desmedida restrição da liberdade orçamentária do legislador³⁸.

³⁴ Utilizo aqui em grande parte o estudo acerca dos *Ökosteuern* realizado por MATTEI, J.; MATIAS, J. L. N. A reforma tributária ecológica alemã como paradigma para o Brasil. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 205-233, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1283>. Acesso em: 27 mar. 2024.

³⁵ A doutrina alemã por vezes diverge acerca de quais tributos se classificam como *Ökosteuern*. O termo surgiu na reforma tributária empreendida naquele país em 1999 para descrever o imposto sobre eletricidade e o imposto sobre óleo mineral, atual imposto sobre energia. Para alguns teóricos, no entanto, o termo também pode ser estendido para outros tributos diretamente relacionados ao meio ambiente, como o imposto sobre veículos automotores e o imposto sobre emissões de gases de efeito estufa.

³⁶ ESCRITÓRIO FEDERAL DE ESTATÍSTICA (Alemanha). Destatis. Umweltökonomische Gesamtrechnungen: Gesamtaufkommen aus umweltbezogenen Steuern. In: *Statistisches Bundesamt*. Berlim, 21 jun. 2024. Disponível em: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Umwelt/UGR/steuern-weitere-abgaben/Tabellen/gesamtaufkommen-steuern.html>. Acesso em: 11 out. 2024.

³⁷ O uso de impostos para o financiamento da seguridade social não é estranho também em outros ordenamentos jurídicos. A Suíça utiliza os recursos provenientes do imposto sobre tabaco para este fim: BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT. Tabakpolitik der Schweiz: Hohe Preise senken den Konsum. 28 dez. 2022. Disponível em: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/politische-auftraege-und-aktionsplaene/politische-auftraege-zur-tabakpraevention/tabakpolitik-schweiz/tabaksteuer.html>. Acesso em: 27 mar. 2024.

³⁸ ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. *Ökosteuern*, BVerfGE 110, p. 274 ss., 2004.

Os Ökosteuern representam uma tentativa de transferir o ônus tributário do fator “trabalho” para “recursos naturais”³⁹, em um esforço para criar novos meios de financiar um sistema previdenciário pressionado pelo envelhecimento da população⁴⁰. A lei autorizou as empresas contribuintes do imposto a parcialmente compensar débitos de contribuições sociais com recolhimentos dos Ökosteuern. A situação foi criticada pela evidente disparidade entre os grupos que suportam o maior ônus tributário decorrente dos Ökosteuern e os grupos beneficiados pela contenção das contribuições sociais; isto é, indústrias que representam um alto consumo de energia, mas tem quadro de funcionários reduzido, se encontram em desvantagem quando comparadas às empresas que, sem gastos extraordinários com energia, se beneficiam das contenções de contribuições sociais sobre um extenso quadro de pessoal. No fim, o maior ônus recai sobre a economia familiar, atingida pela inclusão do imposto nos preços da energia⁴¹.

O TCF, ao analisar a questão, limitou-se a declarar que não há obrigatoriedade de coincidência entre os grupos que suportam o ônus tributário e os que se beneficiam das receitas⁴². No Brasil, o Supremo Tribunal Federal chegou à mesma conclusão, no julgamento do RE 630.898, Tema 495⁴³, que versava sobre a constitucionalidade do Adicional de Frete para Renovação da Marinha Mercante.

Apesar de eventuais problemas no sistema alemão, os Ökosteuern providenciam aspectos que podem ser de grande utilidade ao novo Imposto Seletivo brasileiro: vinculação de receitas e rigidez na definição dos produtos tributados e respectivas alíquotas. A esses dois aspectos acrescentarei a transparência, como medida destinada a evitar a chamada ilusão fiscal, em uma proposta para a lei complementar que há de regulamentar o novo Imposto Seletivo.

³⁹ JOBS, A. Throsten. *Zur Gesetzgebungskompetenz für Umweltsteuern*: Konsequenzen aus den Urteilen des BVerfG vom 7.5.1998 für eine “Ökologische Steuerreform” im Bund. Die öffentliche Verwaltung. Stuttgart, v. 58, p. 1039.

⁴⁰ BAYER, Stefan. Ökosteuern: Versöhnung von Ökonomie und Ökologie? *Tübinger Diskussionsbeitrag*, Tübingen, 2003. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/40318/1/501020527.pdf>. Acesso em: 11 out. 2024.

⁴¹ PFALLER, Alfred. Ökosteuern in Europa: Die politökonomischen Parameter der Umweltsteuerdebatte in Europa. *Friedrich Ebert Stiftung: Internationale Politikanalyse*, Berlim, p. 9, 2010. Disponível em: <https://foes.de/pdf/2010-FES-Oekosteuern-in-Europa.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2024.

⁴² SELMER, Peter. Ökologische Steuerreform, Verfassungsrecht und Bundesverfassungsgericht: Bemerkungen anlässlich der Ökosteuer. Entscheidungen des BVerfG vom 20. April 2004. In: TIPKE, Klaus; SÖHN, Harmut; TRZASKALIK, Christoph (Org.). *Gedächtnisschrift für Christoph Trzaskalik*. Köln: O. Schmidt, 2005. p. 414.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 630.898. Relator: Ministro Dias Toffoli. STF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346374838&ext=.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2024.

4. MEDIDAS PARA A REGULAÇÃO DO NOVO IMPOSTO SELETIVO

4.1. Primeira medida: priorização para composição de receitas vinculadas

A Constituição, no artigo 167, inciso IV, proíbe a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, com poucas ressalvas – entre elas, o custeio da saúde, nos termos do art. 198 da CF. Entretanto, não se trata de um princípio enquanto fim a ser buscado, mas de uma regra que impõe uma vedação ao legislador⁴⁴. Ademais, a própria caracterização de impostos exclusivamente como tributos de receita não vinculada é problemática, visto que ignora relevantes exceções⁴⁵.

Nesse ínterim, é possível apresentar uma crítica à rigidez da lei brasileira no que se refere à vedação da afetação de receitas decorrentes de impostos, em comparação com a lei e jurisprudência alemãs. Enquanto o Tribunal Constitucional alemão acertadamente identificou a não afetação enquanto regra orçamentária passível de flexibilização, nosso Supremo Tribunal Federal reiteradas vezes decidiu no sentido de impossibilitar a vinculação de parcelas da receita decorrente dos impostos. O STF julgou inconstitucionais leis voltadas à afetação de receitas de impostos mesmo que para financiar objetivos constitucionais, como a assistência à criança e ao adolescente⁴⁶, aplicação de recursos em reservas indígenas localizadas em unidades de conservação ambiental⁴⁷, programas de financiamento habitacional⁴⁸ e subsídio de energia elétrica para consumidores de baixa renda⁴⁹.

É bem verdade que a lei brasileira é inequivocamente mais restritiva, à medida que expressamente veda a vinculação de receitas provenientes de impostos, sob o pretenso objetivo de preservar a livre alocação de recursos por parte da Administração para perseguição de objetivos político-sociais. Essa visão, entretanto, é ingênua ao ignorar a possibilidade de vinculação de receitas justamente enquanto forma política de atender anseios sociais. A afetação das receitas tributárias, quando não engessa sobremaneira o

⁴⁴ PAULSEN, L. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 154.

⁴⁵ SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 387.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.689. Relator: Ministro Sydney Sanches. STF, 2003. Diário Oficial da União, 21/05/2003.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.355. Relator: Ministro Celso de Mello. STF, 2002. Diário Oficial da União, 19/06/2002.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 213.739. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 1999. Diário Oficial da União, 20/08/1999.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.848. Relator: Ministro Ilmar Galvão. STF, 2003. Diário Oficial da União, 02/05/2003.

gestor público, configura um meio apto a desenvolver a moralidade tributária, aumentando a transparência frente aos contribuintes⁵⁰.

No caso de um imposto extrafiscal, a vinculação de receitas é de importância ainda maior, visto que demonstraria o compromisso do Estado de utilizar os recursos provenientes da taxação de produtos prejudiciais à saúde e ao meio ambiente para a preservação de ambos. No melhor dos mundos, seria necessária uma nova PEC que incluísse o meio ambiente no rol de exceções ao art. 167 da CF (a despeito de discussões sobre eventual caráter de cláusula pétrea do dispositivo⁵¹), bem como regras menos rígidas para a possibilidade de vinculação de receitas de forma geral. No entanto, mesmo com a lei da forma que se encontra, existem maneiras de vincular a receita decorrente do novo Imposto Seletivo.

O art. 198, §2º da CF estabelece um percentual mínimo de 15% sobre a receita corrente líquida a ser gasto pela União para o financiamento da saúde pública. Também os estados e municípios possuem a mesma obrigação, com percentual fixado em lei complementar. Se não é possível vincular as receitas decorrentes do novo IS ao financiamento da saúde, é possível, pelo menos, estabelecer que os recursos dele decorrentes terão prioridade sobre as demais receitas tributárias a fim de compor o percentual mínimo de investimento em saúde. A lei complementar que regulará o IS poderá prever também que a União e os Estados terão a obrigação de tornar pública a informação de se e quanto do investimento público em saúde estará sendo coberto pelo Imposto Seletivo, seja diretamente ou mediante os repasses do Governo Federal, como determinado pela CF.

Apesar de singela, essa medida pode ter grande eficiência ao aprimorar a transparência fiscal. A cada exercício fiscal, será possível à Administração Pública e aos contribuintes avaliarem a capacidade do IS de custear a saúde pública, bem como eventual necessidade de aumento ou redução das alíquotas.

Eventual acusação de inconstitucionalidade da lei poderia ser contestada, à medida que não existirá, na prática, uma afetação da receita do imposto. A afetação da receita tributária para financiamento da saúde já existe; a nova lei simplesmente estabeleceria a receita decorrente do IS como prioritária para compor o percentual de investimento obrigatório.

4.2. Segunda medida: rigidez na definição dos produtos tributados

O novo IS possui grande potencial de aumentar a judicialização das questões tributárias no Brasil, caso não haja grande cuidado na fixação dos produtos afetados pelo

⁵⁰ MATTEI, J.; MATIAS, J. L. N.. A reforma tributária ecológica alemã como paradigma para o Brasil. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 213, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1283>. Acesso em: 27 mar. 2024.

⁵¹ SCHOULER, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 427.

imposto. Pela EC 132, o Imposto Seletivo apenas poderá incidir sobre operações que envolvam produtos nocivos à saúde ou ao meio ambiente. Dessa forma, o legislador não é livre para definir quaisquer produtos para serem tributados, visto que a prejudicialidade do bem em questão é fundamental para definir a constitucionalidade da cobrança.

O art. 9º, §9º da EC 132 prevê a não incidência do Imposto Seletivo sobre as operações beneficiadas com redução de 60% da alíquota de IBS e CBS a serem estabelecidas por lei complementar. Tal previsão é bem-vinda, mas insuficiente para garantir que o imposto não será utilizado para tributar bens e serviços que não demonstrem um comprovado risco sanitário ou ambiental.

Da mesma forma, há uma natural preocupação com a isonomia e a preservação da livre concorrência, à medida que a tributação ou não de determinados produtos ou serviços poderá acarretar disparidades injustificadas entre agentes concorrentes dentro do mesmo domínio econômico.

Infelizmente, a lei é limitada em sua capacidade de gerar segurança jurídica plena, de forma que a atuação dos tribunais ainda será de fundamental importância. À exemplo da legislação alemã, no entanto, é possível defender que a incidência do tributo deverá ser fixada sobre bens e serviços específicos, descritos em anexo à lei complementar, de forma a inexistir tributação genérica que deixe os contribuintes em dúvida. Ao mesmo passo, será imprescindível a apresentação, por parte dos órgãos competentes para promoção da saúde e defesa do meio ambiente, de evidências científicas suficientes para justificar a incidência do imposto.

Trata-se de trabalho exaustivo, mas necessário. O anexo da lei complementar será primordial ao resguardar a segurança jurídica pela fixação de produtos e serviços específicos que serão taxados, sendo eles individualmente justificados por pesquisa científica idônea que demonstre sua prejudicialidade.

O Imposto Seletivo pode não ser tão específico como os *Ökosteuern*, mas deve assumir a necessidade de ser o mais preciso possível. Não seria uma realidade muito distante da já existente lista de alíquotas de IPI, que envolve uma extensa lista de produtos com as mais diversas alíquotas. Diferente do IPI e seguindo o exemplo alemão, no entanto, defende-se aqui a aplicação de alíquota única do imposto sobre todos os produtos tributados. A extrafiscalidade está em perpétua balança com o princípio da isonomia, de forma que muito peso em um lado acarretará desprezo ao outro. No caso do IS, a fixação de critérios para estipular alíquotas diferentes entre os produtos taxados está fadada à incoerência em algum grau.

A tributação de combustível pelo IS com alíquota superior à média, por exemplo, poderia ser justificada à luz da proteção do meio ambiente contra os enormes danos causados pela queima de combustível fóssil. No entanto, a mesma alíquota poderia ser questionada em atenção à essencialidade e à capacidade contributiva, considerando que os

combustíveis fósseis ainda são imprescindíveis para a maior parte da população, e eventual aumento dos preços causados por maior tributação acabaria por onerar ainda mais a população de menor renda.

Em conclusão, a segunda medida defendida para a lei complementar que há de regular o novo IS é a fixação de produtos e serviços tributados de forma taxativa, fundamentada pela apresentação de evidência científica idônea pelos órgãos competentes, somada à fixação de alíquota única para todos os produtos e serviços.

4.3. Terceira medida: transparência do ônus tributário ao contribuinte e combate à ilusão fiscal

A tributação indireta possui enorme potencial de se tornar instrumento de dominação e restrição da propriedade, à medida que dá uma aparência de voluntariedade. Permitindo-se ao indivíduo adquirir a quantidade desejada do bem tributado, aumenta-se o valor do imposto de modo gradual e insensível⁵². Trata-se da concretização da chamada ilusão fiscal⁵³, agravada pela utilização da tributação de produtos sobre os quais recaem certa repulsa social, como álcool e tabaco - daí o apelido de “imposto do pecado”.

A ilusão fiscal, segundo a teoria de Almicare Puviani, é a consequência de uma estrutura de imposição tributária sobre a consciência fiscal do contribuinte⁵⁴. Nesse sistema, os contribuintes não buscam cooperar com os legisladores e o fisco. Logo, o objetivo do Estado será encontrar meios de minimizar a resistência dos contribuintes à tributação, como através dos impostos sobre o consumo. Em especial, a ilusão é ainda mais forte quando envolve a tributação aplicada sobre momentos prazerosos do contribuinte, como ao beber uma cerveja e fumar um cigarro.

Quando não realizada de forma a buscar máxima transparência e concretização dos objetivos extrafiscais, a criação de impostos como o novo Imposto Seletivo brasileiro possui o poder de “atacar os contribuintes onde não podem se defender”⁵⁵, isto é, utilizar seus vícios e culpas para angariar mais recursos sobre contribuintes, que pouco conseguem fazer para se controlar.

Em face disso, a terceira medida proposta neste trabalho é, a exemplo da anterior, de tão grande simplicidade quanto efeito. Uma das maiores críticas realizadas ao sistema

⁵² HUME, David. *Writings on Economics*, 85. ed. E. Rotwein, 1955.

⁵³ RIBAS, Juliana Rodrigues. Os impostos do pecado e a ilusão fiscal. *Revista de Direitos Fundamentais e Tributário*, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://rdft.com.br/revista/article/view/5/5>. Acesso em: 16 abr. 2024.

⁵⁴ BUCHANAN, James M. *Public finance in democratic process: fiscal institutions and individual choice*. Indianapolis, IN: Liberty Fund, Inc., 1999.

⁵⁵ VASQUES, Sérgio. *Os impostos do pecado: o álcool, o tabaco, o jogo e o fisco*. Livraria Almedina. Coimbra, 1999.

tributário brasileiro é a falta de transparência, em especial dos tributos indiretos, incidentes sobre cada produto e serviço adquirido pelos contribuintes⁵⁶. As informações presentes nas notas fiscais são insuficientes para garantir o efetivo exercício da cidadania fiscal, compreendido como a capacidade de controle, pela população, da utilização dos recursos advindos da tributação. O ainda existente hiperfoco do sistema tributário nacional em tributar bens e serviços em detrimento da tributação sobre renda contribui para a desconfiança contra a criação de um novo imposto.

É possível aumentar a consciência do contribuinte, maximizando a concessão de informações a respeito dos tributos incidentes sobre cada produto adquirido no supermercado. É imprescindível que a lei complementar que regulamentará o novo IS estabeleça a obrigatoriedade de emissão de nota fiscal que destaque o valor exato do imposto pago ao adquirir o bem tributado.

Da mesma forma, medidas simples que informem o consumidor da existência do imposto sobre os produtos da prateleira à sua frente podem contribuir sobremaneira para o objetivo extrafiscal, à exemplo da já existente obrigatoriedade de utilização de selos para marcação de produtos com altos teores de sal, açúcar e gordura, como determinado pela RDC 429 da Anvisa em 2020. Da mesma forma, a nova lei poderá instituir a publicação periódica da arrecadação do erário com o novo imposto, focando em produtos como álcool e tabaco.

Independentemente dos meios utilizados, é fundamental que o novo Imposto Seletivo seja regulamentado considerando a necessidade de reduzir a falta de transparência tão característica dos impostos indiretos brasileiros, de forma a impedir o novo imposto de se tornar uma máquina de exploração sobre consumidores iludidos, agravando sua situação econômica, e sem atender aos fins extrafiscais de proteção da saúde e do meio ambiente.

CONCLUSÃO

A criação de um Imposto Seletivo de finalidade extrafiscal pela Reforma Tributária é uma grande oportunidade para o desenvolvimento da extrafiscalidade no sistema tributário nacional. Esse desenvolvimento, no entanto, exige metucioso trabalho para assegurar o respeito aos princípios tributários e à transparência fiscal.

Dentro dos limites impostos pela Constituição Federal, a lei deverá agir a fim de assegurar que os recursos públicos provenientes da arrecadação sejam prioritariamente utilizados para financiamento da saúde pública, aprimorando a moralidade e a transparência fiscal. A lei deverá assegurar, também, que o IS incidirá apenas sobre bens e serviços

⁵⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito *et al.* *Cidadania fiscal e tributação indireta: Falta de transparência e dificuldades no acesso à justiça*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de3a-1d8c27100134>. Acesso em: 15 abr. 2024.

de comprovado risco à saúde e/ou ao meio ambiente, através de um anexo que descreva os bens tributados de forma a tornar a tributação clara e previsível aos contribuintes. Nesse ínterim, será necessária também a apresentação, pelos órgãos competentes, de evidências científicas suficientes para demonstrar o dano sanitário e ambiental que o imposto visa coibir.

Por fim, com o propósito de evitar a ilusão fiscal e remediar a falta de transparência característica dos impostos indiretos no Brasil, a lei deverá propor medidas para permitir ao consumidor que identifique a quantidade de imposto recolhido ao adquirir os produtos tributados, aprimorando o cumprimento do objetivo extrafiscal ao conscientizar os cidadãos da existência do imposto para reduzir o consumo de bens prejudiciais.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro. Instrumentalização do Direito Tributário. In: Humberto Ávila (Org.). *Fundamentos do direito tributário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 301-330.

ALEMANHA. *Abgabenordnung*, de 1 de outubro de 2002. Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), die zuletzt durch Artikel 14 des Gesetzes vom 27. März 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 108) geändert worden ist. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/AO.pdf. Acesso em: 28 mar. 2024.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. Kapitalertragssteuer, BVerfGE 84, 1991.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. Stabilitätzuschlag, BVerfGE 36, 1973.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. Ökosteuern, BVerfGE 110, 2004.

ALVES, Bruna A. M. *et al.* Aplicações da extrafiscalidade no direito brasileiro. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.edu.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/329>. Acesso em: 14 out. 2024.

ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SÃO PAULO. *Impostômetro*. Disponível em <https://impostometro.com.br/>. Acesso em: 21 mar. 2024.

BAYER, Stefan. Ökosteuern: Versöhnung von Ökonomie und Ökologie? *Tübinger Diskussionsbeitrag*, Tübingen, 2003. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/40318/1/501020527.pdf>. Acesso em: 11 out. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de emenda constitucional nº 45, de 2019*. Autor: Baleia Rossi. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, abr. 2013. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1728369&filename=PEC+45/2019. Acesso em: 27 mar. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei complementar nº 68, de 2024*. Autor: Poder Executivo. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, jul. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/pro->

posicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2456998&filename=REDACAO%20FINAL%20PLP%2068/2024.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Decreto nº 11.158, de 29 de julho de 2022*. Aprova a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11158.htm. Acesso em: 27 mar. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023*. Altera o Sistema Tributário Nacional. Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm. Acesso em: 27 mar. 2024.

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. Brasília, DF, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 27 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.689. Relator: Ministro Sydney Sanches. STF, 2003. Diário Oficial da União, 21/05/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.355. Relator: Ministro Celso de Mello. STF, 2002. Diário Oficial da União, 19/06/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.848. Relator: Ministro Ilmar Galvão. STF, 2003. Diário Oficial da União, 02/05/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 213.739. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 1999. Diário Oficial da União, 20/08/1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 429.306. Relator: Joaquim Barbosa. STF, 2011. DJE 16/03/2011 - ATA Nº 30/2011. DJE nº 49, divulgado em 15/03/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 630.898. Relator: Ministro Dias Toffoli. STF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346374838&ext=.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 714.139. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350102911&ext=.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2024.

BUCHANAN, James M. *Public finance in democratic process: fiscal institutions and individual choice*. Indianapolis, IN: Liberty Fund, Inc., 1999.

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT. *Tabakpolitik der Schweiz*: Hohe Preise senken den Konsum. 28 dez. 2022. Disponível em: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/politische-auftraege-und-aktionsplaene/politische-auftraege-zur-tabakpraevention/tabakpolitik-schweiz/tabaksteuer.html>. Acesso em: 27 mar. 2024.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (BVERFG). *Stabilitätzuschlag*, BVerfGE 36, 1973.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (BVERFG). Kapitalertragssteuer, BVerfGE 84, 1991.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (BVERFG). Ökosteuern, BVerfGE 110, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CONTI, José Maurício. *Sistema constitucional tributário interpretado pelos tribunais*. Oliveira Mendes e Del Rey, 1997.

DEUTSCHER BUNDESTAG (Alemanha). Wissenschaftliche Dienste. *Das Aufkommen und die Wirkungsweise von Lenkungssteuern und Steuervergünstigungen in Deutschland*. 2007. Disponível em: <https://www.bundestag.de/resource/blob/411810/041b2cc14f57e59b196a5706a8e3c981/WD-4-048-07-pdf-data.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2024.

ESCRITÓRIO FEDERAL DE ESTATÍSTICA (Alemanha). Destatis. Umweltökonomische Gesamtrechnungen: Gesamtaufkommen aus umweltbezogenen Steuern. In: *Statistisches Bundesamt*. Berlim, 21 jun. 2024. Disponível em: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Umwelt/UGR/steuer-n-weitere-abgaben/Tabellen/gesamtaufkommen-steuern.html>. Acesso em: 11 out. 2024.

HUME, David. *Writings on economics*. 85. ed. E. Rotwein, 1955.

JOBS, A. Throsten. *Zur Gesetzgebungskompetenz für Umweltsteuern: Konsequenzen aus den Urteilen des BVerfG vom 7.5.1998 für eine "Ökologische Steuerreform" im Bund*. Die öffentliche Verwaltung. Stuttgart, v. 58.

LEÃO, Martha T. Contributo para o Estudo da Extrafiscalidade: a Importância da Finalidade na Identificação das Normas Tributárias Extrafiscais. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/155>. Acesso em: 14 out. 2024.

MANTHEY, Jakob *et al.* *Besteuerung von Alkohol in Deutschland*. Alternativer Drogen- und Suchtbericht, Berlin, p. 39-46, 2021. Disponível em: <https://tls-suchtfraagen.de/wp-content/uploads/2022/01/8.-Alternativer-Drogen-und-Suchtbericht.pdf#page=39>. Acesso em: 27 mar. 2024.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito *et al.* *Cidadania fiscal e tributação indireta: Falta de transparência e dificuldades no acesso à justiça*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de3a1d8c27100134>. Acesso em: 15 abr. 2024.

MATTEI, J.; MATIAS, J. L. N. A reforma tributária ecológica alemã como paradigma para o Brasil. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 205-233, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1283>. Acesso em: 27 mar. 2024.

PAULSEN, L. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PFALLER, Alfred. Ökosteuern in Europa: Die politökonomischen Parameter der Umweltsteuerdebatte in Europa. *Friedrich Ebert Stiftung: Internationale Politikanalyse*, Berlim, p. 9, 2010. Disponível em: <https://foes.de/pdf/2010-FES-Oekosteuern-in-Europa.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2024.

RIBAS, Juliana Rodrigues. Os impostos do pecado e a ilusão fiscal. *Revista de Direitos Fundamentais e Tributário*, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://rdft.com.br/revista/article/view/5/5>. Acesso em: 16 abr. 2024.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SELMER, Peter. Ökologische Steuerreform, Verfassungsrecht und Bundesverfassungsgericht: Bemerkungen anlässlich der Ökosteuer. Entscheidungen des BVerfG vom 20. April 2004. In: TIPKE, Klaus; SÖHN, Harmut; TRZASKALIK, Christoph (Org.). Gedächtnisschrift für Christoph Trzaskalik. Köln: O. Schmidt, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva nº 92/83/EEC, de 19 de outubro de 1992*. On the harmonization of the structures of excise duties on alcohol and alcoholic beverages. 19 out. 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A01992L0083-20220101>. Acesso em: 27 mar. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva nº 92/84, de 19 de outubro de 1992*. Council Directive 92/84/EEC of 19 October 1992 on the approximation of the rates of excise duty on alcohol and alcoholic beverages. 19 out. 1992. Disponível em:

VASQUES, Sérgio. *Os impostos do pecado: o álcool, o tabaco, o jogo e o fisco*. Livraria Almedina. Coimbra, 1999.

TEORIA DO DIREITO E FILOSOFIA DO DIREITO

IDENTIDADES ALGORÍTMICAS E FRONTEIRAS POLÍTICAS NAS REDES SOCIAIS

Maria Luiza Giglio Muller

RESUMO

Este trabalho pretende investigar de que forma os algoritmos de distribuição de conteúdo nas redes sociais operam sobre a produção performativa do sujeito e favorecem a proliferação de identidades políticas pautadas pela reiteração de posicionamentos normativos e enrijecimento de ideias. A partir da metodologia analítico-bibliográfica, objetiva-se compreender quais as implicações da perfilização e do fracionamento do ambiente digital em bolhas para categorias políticas como a alteridade, o comum e o reconhecimento, sobretudo com base na teoria de Judith Butler. Consta-se o uso cada vez mais expressivo dessas plataformas, associado à atribuição de uma função pública – enquanto suporte para a ação política –, o que é incompatível com o serviço de conteúdo personalizado oferecido pela plataforma. Não obstante, essa personalização tem um efeito despolitizante ao encorajar a reiteração das mesmas posições já assumidas, ao mesmo tempo em que impede o estabelecimento de uma relação política com o outro. Ainda, a estrutura das redes incita a proliferação de grupos identitários fundados em formas de diferenciação mais intolerantes, o que parece desarticular a coalizão a partir de objetivos provisoriamente sobrepostos – e esta é especialmente relevante para grupos minorizados que pretendem a reivindicação sobre a reconhecibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Redes sociais; Identidade; Bolhas algorítmicas.

ABSTRACT

This study aims to investigate how content distribution algorithms on social networks influence the performative production of the subject and favor the proliferation of political identities based on the reiteration of normative positions and the hardening of ideas. Utilizing an analytical and bibliographic methodology, the objective is to understand the implications of profiling and the fragmentation of the digital environment into bubbles for political categories such as alterity, the common, and recognition, particularly based on Judith Butler's theory. There is a noticeable increase in the expressive use of these platforms, associated with the attribution of a public function—as a support for political action—which is incompatible with the personalized content service offered by the platform. Furthermore, this personalization has a depoliticizing effect by encouraging the reiteration of already established positions while simultaneously hindering the establishment of a political relationship with others. Additionally, the structure of these networks incites the proliferation of identity groups founded on more intolerant forms of differentiation, which seems to disrupt coalitions based on temporarily overlapping objectives—this is especially relevant for marginalized groups seeking recognition.

KEYWORDS: Social networks; Identity; Algorithmic bubbles.

INTRODUÇÃO

As redes sociais, por conectarem pessoas independentemente de sua distância física, são vendidas com a promessa de serem um instrumento democrático. Isso ocorre a partir de entendimentos particulares de democracia, que privilegiam elementos como o acesso à informação, a possibilidade de mobilização de grupos políticos ou o embate de ideias aos moldes de um processo deliberativo. De tal modo, que a Suprema Corte estadunidense chegou a equiparar essas plataformas a “praças públicas”, cujo acesso estaria diretamente vinculado à possibilidade do exercício de um direito legítimo de liberdade de expressão¹.

Sob essa ótica, o exercício e reivindicação por direitos nas redes sociais são frequentemente associados à possibilidade de resolução da crise de legitimidade das democracias contemporâneas². Esse cenário contribui com a produção de entendimentos que conferem às plataformas o caráter de suporte legítimo para a ação pública. Isso ocorre quando um governo decide utilizar desse meio para a comunicação política, como as *lives* semanais realizadas pelo ex-presidente Jair Bolsonaro, mas também quando os movimentos sociais investem em campanhas de mobilização voltadas para o ciberativismo, como as *hashtags* criadas por coletivos feministas. Especialmente durante o período de isolamento social na pandemia, esses espaços se tornaram um importante campo de disputa sobre as informações acerca das recomendações sanitárias e vacinação³.

Após esse período, observa-se uma crescente politização desses meios⁴, que se consolidam enquanto suporte para a deliberação pública, reivindicação por direitos e

¹ No caso *Packingham v. North Carolina* (2017), a suprema corte reconheceu as plataformas digitais como as novas “praças públicas”. No estado da Carolina do Norte, nos EUA, os condenados por crimes sexuais (*sex offenders*) são proibidos de acessar determinados websites, incluindo redes sociais; aqueles que descumprem essa determinação são indiciados, como foi o caso de Lester Packingham, que fez uma publicação no Facebook relacionada a uma multa de trânsito. O entendimento firmado na Corte foi no sentido de que essa restrição previne os usuários de “participar do exercício legítimo do seu direito [à liberdade de expressão]”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Packingham v. North Carolina*. Decidido em: 19 de junho de 2017. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1194_0811.pdf. Acesso em: 02 set. 2023.

² SAMPAIO, Rafael C. BRAGATTO, Rachel C. NICOLÁS, Maria Alejandra. A construção do campo de Internet & Política: análise dos artigos brasileiros apresentados entre 2000 e 2014. In: SILVA, Silvano P. SAMPAIO, Rafael C. BRAGATTO, Rachel C. (org.). *Democracia digital, comunicação política e redes: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016. p. 79.

³ BAPAYE, J. A.; BAPAYE, H. A. Demographic Factors Influencing the Impact of Coronavirus-Related Misinformation on WhatsApp: Cross-sectional Questionnaire Study. *JMIR Public Health Surveill.*, v. 7, n. 1, p. e19858, Jan. 2021. Doi: 10.2196/19858. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33444152/>.

⁴ Segundo Bimber, “A internet já alcançou um significado político (...) oferecendo novas possibilidades para aprendizado e ação.” SAMPAIO, Rafael C. BRAGATTO, Rachel C. NICOLÁS, Maria Alejandra. A construção do campo de Internet & Política: análise dos artigos brasileiros apresentados entre 2000 e 2014. In: SILVA, Silvano P. SAMPAIO, Rafael C. BRAGATTO, Rachel C. (org.). *Democracia digital, comunicação política e redes: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016. p. 81.

acesso à informação. Passam a assumir, portanto, o papel de “praças públicas” contemporâneas, enunciado pela Suprema Corte estadunidense – o que é reforçado pela narrativa hegemônica que coloca essas plataformas como instrumento democrático. Tal posição é reiterada e se fortalece quando as redes sociais são utilizadas para compartilhar notícias, realizar denúncias, subir hashtags, fazer reivindicações, entre outras interações que simulam o exercício da cidadania democrática, sem que se leve em conta as condições de possibilidade para a ação neste espaço.

Aquilo mesmo que é entendido como espaço público é objeto de disputa, uma vez que este se constitui mediante exclusões⁵. No caso das redes sociais, uma vez percebidas como espaço público e utilizadas como suporte para reivindicações, para a superação de tais exclusões bastaria assegurar que todos tivessem acesso a estes meios – já que a exclusão digital atingiu, em 2023, 36 milhões de brasileiros⁶. Contudo, há que se ter em vista os modos de organização do discurso neste espaço: todo o trânsito de informação está sujeito aos códigos de programação dos sistemas da plataforma, que se propõem a oferecer ao usuário um conteúdo personalizado, mediante o uso de técnicas de acúmulo e processamento de dados e a criação de perfis computacionais.

Tendo isso em vista, este trabalho investiga de que forma os algoritmos de distribuição de conteúdo nas redes sociais operam sobre a produção do sujeito, favorecendo a proliferação de identidades políticas pautadas pela reiteração de posicionamentos normativos e enrijecimento de ideias. Em particular, analisa as implicações das coalizões forjadas no interior das bolhas algorítmicas para o aprofundamento de fronteiras políticas e para a possibilidade de reivindicação sobre o campo da reconhecibilidade. A partir da metodologia analítico-bibliográfica, foram selecionados textos em bases de dados digitais que versassem sobre as relações entre redes sociais, democracia e subjetividades, priorizando-se aqueles situados na perspectiva pós-estruturalista das teorias contemporâneas da filosofia política. Nesse contexto, buscou-se promover uma análise do funcionamento dos algoritmos das redes sociais e suas implicações para a ação política, especialmente a partir da obra de Judith Butler, de forma a abordar temas como o direito de aparecer, o espaço público, as coalizões, as identidades, etc.

⁵ Butler retoma a concepção de “exclusão constitutiva” desenvolvida por Chantal Mouffe e Ernesto Laclau para tecer uma crítica quanto à circunscrição de uma noção particular de espaço público; entende, portanto, que o ato de delimitar e enunciar um espaço enquanto público é, em si, excludente. BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Editora José Olympio, 2018a, p. 82.

⁶ “Dos 36 milhões de não usuários da Internet no Brasil, a maioria se concentra nas áreas urbanas do país. São 29 milhões de pessoas desconectadas que residem nas áreas urbanas, e também que concluíram somente até o ensino fundamental”. NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. Disponível em: <https://www.nic.br/noticia/na-midia/exclusao-digital-no-brasil/>. Acesso em: 15 set. 2023.

Desta feita, objetivou-se compreender de que forma a operação dos algoritmos das redes sociais favorecem a formação de identidades políticas pautadas pela despolitização e enrijecimento de ideias. Essa proliferação de identidades implicaria o fortalecimento de grupos políticos que parecem se ocupar muito mais da fronteira da diferença do que na composição de uma relação política com o outro. Argumenta-se que as contínuas cisões identitárias, pautadas na diferenciação absoluta e no ódio, promovem a crise da alteridade como possibilidade política e o esvaziamento do sentido do comum, o que anuncia a impossibilidade de coalizões para além daquelas articuladas pela identidade e, especialmente, de embates democráticos capazes de promover concepções de povo mais abrangentes.

1. IDENTIDADES, PERFILIZAÇÃO, PERFORMATIVIDADE

As redes sociais são plataformas digitais veiculadas por empresas que lucram a partir da coleta e processamento de dados pessoais, com o objetivo de transmitir anúncios personalizados⁷. As Big Techs maximizam seus rendimentos quanto maior o tempo despendido na alimentação dos códigos com dados comportamentais; razão pela qual o aperfeiçoamento das tecnologias de captura de atenção fez com que o acesso às redes sociais se tornassem “quase um tique”, transformando-se em um hábito cotidiano para muitas pessoas⁸.

Diante disso, os aplicativos mais utilizados no mundo, como os da empresa Meta e o TikTok, costumam não apenas personalizar os anúncios, mas também organizar todas as informações disponíveis a partir de um critério de relevância para o usuário. No Instagram, essa mudança foi implementada em 2016, se utilizando do histórico de curtidas, comentários e outras interações para inferir preferências e sugerir conteúdos, garantindo o serviço oferecido pela empresa: “fortalecer seus relacionamentos com as pessoas e com as coisas que você adora”⁹.

As induções sobre o que seria o conteúdo relevante são feitas por algoritmos, sistemas de código fechado, detidos exclusivamente pelas plataformas que os veiculam. Assim, existe pouca transparência sobre os seus modos de funcionamento, sob o pretexto

⁷ Também de acordo com os termos de uso do Instagram: “Em vez de pagar pelo uso do Instagram, usando o Serviço previsto nestes Termos, você reconhece que podemos mostrar anúncios a você que empresas e organizações nos pagam para promover dentro e fora dos Produtos das Empresas da Meta. Usamos seus dados pessoais, como informações sobre atividades e interesses, para veicular anúncios que são mais relevantes para você.”. Disponível em <https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870>. Acesso em: 07 set. 2023.

⁸ BENTES, Anna. *Quase um tique: economia da atenção, vigilância e espetáculo em uma rede social*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2021. Disponível em: <http://www.editora.ufrj.br/DynamicItems/livrosabertos-1/quase-um-tique.pdf>. Acesso em: 07 set. 2023.

⁹ Termos de uso atualizados em 26 jul. 2022. Facebook. Disponível em <https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870>. Acesso em: 07 set. 2023.

de assegurar o sucesso dos anúncios¹⁰. Contudo, a partir dos Termos de Uso das plataformas e de declarações fornecidas em entrevistas por seus programadores, bem como de alguns conhecimentos relacionados ao *marketing* digital e de pesquisas empíricas, é possível compreender algumas tendências e efeitos praticados por estes sistemas.

O presente capítulo objetiva analisar de que maneira esses algoritmos se ocupam da vigilância de rastros digitais para influenciar comportamentos, operando sobre a produção de identidades políticas, o que se torna relevante diante do uso cada vez maior desses espaços e atribuição de uma função pública. Pretende-se demonstrar o caráter despoliticizante das identidades produzidas nesse contexto, tendo em vista a formação de bolhas e a perfilização, práticas que tanto enclausuram os sujeitos em posições normativas, como reiteram a identidade como fundamento para a ação política.

A coleta de dados sobre a qual se estrutura toda a operação dos algoritmos é autorizada pela adesão aos Termos de Uso e Política de Privacidade, o que ocorre com a criação de um perfil na plataforma. A este perfil vinculam-se as informações relacionadas a determinado usuário, as quais variam a depender do site escolhido: sua foto de perfil, publicações e “biografia”; seus amigos ou as páginas que você segue, a localização do dispositivo e o hardware utilizado para acesso, e também seus dados comportamentais, como curtidas, comentários, visualizações, *replay* etc. Do processamento dos dados dos usuários, acumulados e correlacionados de maneira anônima¹¹, são estabelecidos perfis com padrões comportamentais, os quais são utilizados para organizar a informação disponível na rede e direcionar ao usuário um conteúdo personalizado¹².

O saber que emerge dessas correlações, sem debates ou discordâncias, aparece como verdade real, imparcial e indubitável dos traços deixados pelos indivíduos. Do ponto de vista da democracia liberal, essa aparente objetividade induz ao entendimento de que as decisões tomadas pelos algoritmos estariam fundadas em uma realidade anterior a toda manifestação de entendimento ou de vontade subjetivos, individuais ou coletivos¹³. Dessa forma, se a produção de perfis se propõe a atribuir informações aos usuários a partir de

¹⁰ Nas configurações do Facebook e do Twitter, é possível encontrar algumas das categorias associadas ao seu perfil e a partir das quais os anúncios são distribuídos ao usuário. Contudo, a tentativa de regulação sobre a transparência das plataformas quanto às categorias utilizadas para o direcionamento de anúncios, em uma das versões do PL 2630 (PL das Fake News), fez com que o Google reagisse fixando em sua página inicial um artigo que argumentava como esse Projeto de Lei iria “piorar a Internet brasileira”, especificamente criando mais desafios para o marketing digital de pequenas e médias empresas (sic). GOOGLE. Disponível em: <https://blog.google/intl/pt-br/novidades/iniciativas/como-o-pl-2630-pode-piorar-a-sua-internet/#:~:text=O%20PL%202630%20deveria%20apoiar,Not%C3%ADcias%20e%20a%20pr%C3%B3pria%20Busca>. Acesso em: 08 set. 2023.

¹¹ Ou seja, não são utilizados dados pessoais sensíveis (como nome, endereço, etc.), mas apenas os “rastros digitais”.

¹² PARISIER, Eli. *O filtro invisível*: o que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

¹³ TELES, Edson. Governamentalidade algorítmica e as subjetivações rarefeitas. *Kriterion*, Belo Horizonte, nº 140, Ago. 2018, p. 446.

“livres” correlações de dados, constata-se, na verdade, a operação de uma governamentalidade algorítmica:

A governamentalidade mantém a aparência de estar sob a “democracia” da heterogeneidade, da multiplicidade e do anonimato como formas imanentes das “livres” correlações de dados. O espaço público estaria garantido pelo amplo acesso ao meio virtual e à conectividade à Internet, sem a necessidade de debater sob quais interesses se encontra sua gestão. Não haveria, nestas máquinas de governo, o uso das referências classistas, racistas, ideológicas, religiosas, de gênero. Não seria mais a política da exclusão do anormal, daquele que escapou à média das normas sociais, mas a de evitar o imprevisível sob a garantia de “liberdade” para cada um ser plenamente quem de fato é.¹⁴

Essa coleta e processamento de dados é apontada por Fernanda Bruno como parte de um dispositivo de vigilância de rastros digitais, em que haveria o monitoramento sistêmico, automatizado e a distância de ações e informações do indivíduo no ciberespaço, por meio da montagem de bancos de dados e da elaboração de perfis computacionais (*profiling*)¹⁵. A autora aborda a vigilância em seu caráter disciplinar, no sentido proposto por Foucault, uma vez que retoma o vínculo histórico entre o ato de inspecionar indivíduos e a produção de classificações e conhecimentos com o objetivo de fixar normas, tanto perante os corpos individuais quanto sobre os coletivos¹⁶.

Entende-se, dessa forma, a produção de perfis nas redes sociais como parte de um processo de ordenação dos sujeitos mediante categorias indutivas. A sistematização e classificação dos dados acumulados é fundada na premissa de que, sendo a correlação suficiente, os comportamentos irão – ou provavelmente irão – se repetir no futuro, o que teria um potencial preditivo sobre as ações individuais¹⁷. Assim, os perfis não se ancoram em identidades reais, mas em projeções – o que denota o caráter performativo desses dispositivos: para Fernanda Bruno, a simulação pontual das identidades a partir de um registro comparado de comportamentos, ao ser enunciada, aumentaria a probabilidade de sua confirmação¹⁸.

¹⁴ TELES, Edson. Governamentalidade algorítmica e as subjetivações rarefeitas. *Kriterion*, Belo Horizonte, nº 140, Ago. 2018, p. 439.

¹⁵ BRUNO, Fernanda. *Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjetividade*. Coleção Ciberultura. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 146.

¹⁶ BRUNO, Fernanda. *Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjetividade*. Coleção Ciberultura. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 157.

¹⁷ BÜCHI, M. et al. The chilling effects of algorithmic profiling: Mapping the issues. *Computer Law & Security Review*, v. 36, p. 105367, abr. 2020, p. 2.

¹⁸ BRUNO, Fernanda. *Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjetividade*. Coleção Ciberultura. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 169.

Nesse sentido, Judith Butler, ao abordar a performatividade, caracteriza como performativo o enunciado linguístico que, no momento de sua enunciação, traz algum fenômeno à existência ou faz alguma coisa acontecer¹⁹. Essa característica da linguagem traça uma relação entre sujeito e norma, na medida em que as identidades são continuamente construídas na relação com o normativo e, portanto, dotadas de mobilidade: o normativo informa modos de vida que, por sua vez, podem se provar oposição e ruptura em relação às normas de reconhecimento e inteligibilidade vigentes²⁰. A constituição do sujeito para Judith Butler se relaciona, portanto, ao poder constitutivo ou produtivo do discurso, por meio do qual o indivíduo é trabalhado.

Entende-se, portanto, que os processos de subjetivação que ocorrem a partir da operação algorítmica nas redes se relacionam justamente à enunciação da identidade simulada pela perfilização. Dessa forma, as projeções identitárias possuem uma dimensão discursiva, informando modos de vida aos usuários mediante a atribuição de conteúdo personalizado.

Os bancos de dados e seus perfis operam, pois, como máquinas performativas (Poster, 1995) com uma função quase “oracular”, dado que não representam uma realidade prévia ou subjacente, nem preveem um futuro certo e necessário, mas efetuam uma ‘realidade’ ou “identidade” na medida mesma em que a prevêem, a projetam ou a antecipam.²¹

Assim, a citação de categorias e normas culturais opera sobre o sujeito tanto em ações online como offline. Sob essa lógica, seria um erro assumir que o comportamento nas redes sociais seja apenas uma representação da vida corpórea ou narrativa autobiográfica; ou ainda entendê-lo como um conjunto de escolhas conscientes e voluntárias realizadas por indivíduos de acordo com um determinado contexto ou demografia²². Abordar

¹⁹ BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Editora José Olympio, 2018a.

²⁰ A ideia de performatividade, desenvolvida em “Problemas de Gênero”, está ligada ao funcionamento da linguagem propalado por Derrida, em que a citacionalidade configura a capacidade de troca de contexto sem prejuízo da compreensão do signo, enquanto iterabilidade se relaciona a uma repetição que é, ao mesmo tempo, mudança. Tais conceitos conduzem à possibilidade de repetições subversivas, em que um signo exposto a um novo contexto carrega traços do contexto anterior, em simultâneas ruptura e continuidade. O normativo, portanto, ao operar no campo da linguagem e da ação, contém em si as condições para a sua resignificação; estabelece, ainda, quais vidas serão inteligíveis e viáveis. BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

²¹ BRUNO, Fernanda. Dispositivos de vigilância no ciberespaço: duplos digitais e identidades simuladas. *Revista Fronteiras – estudos midiáticos VIII* (2), maio/agosto 2006, p. 157.

²² COVER, R. Performing and undoing identity online: Social networking, identity theories and the incompatibility of online profiles and friendship regimes. *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies*, v. 18, n. 2, p. 177–193, maio 2012, p. 180.

a constituição performativa do sujeito significa dizer que o praticante não mais se localiza “atrás” da ação, enquanto sujeito intencional que a fundamenta, mas que será produzido como seu resultado²³.

Não obstante, diferentemente daqueles processos pautados por uma matriz de inteligibilidade comum, que dirige à normalização, as identidades produzidas nas redes sociais são múltiplas e categorizáveis, encarnando microrregularidades no seio de inúmeras variáveis heterogêneas, as quais tampouco se apresentam como regulamentos *a priori*. Nesse sentido, Fernanda Bruno defende que

A divisão norma/desvio não se aplica aos perfis, pois eles são padrões resultantes de combinatórias e regras associativas de tipo não valorativo entre muitas variáveis, podendo ser aplicáveis a potencialmente todas as qualidades e comportamentos humanos. O perfil não é nem uma medida nem um valor, mas um padrão de ocorrência de um certo fator (comportamento, interesse, patologia) num dado conjunto de variáveis. As médias e normas eram a referência comum das massas; os perfis são as microrregularidades dos nichos, tribos, grupos. (...) Deste modo, a inadequação ao perfil não representa um desvio, mas uma contingência, uma particularidade a ser, não corrigida, mas incorporada aos próprios cálculos futuros de definição do perfil.²⁴

A reincorporação dos comportamentos nos cálculos de definição do perfil, encarados não como desvio, mas enquanto contingência e particularidade, nos conduz a questionar a possibilidade de resignificação nesse espaço e, no limite, a própria possibilidade de agência, o que teria um efeito despolitizante sobre as identidades produzidas. Se, por outro lado, assumirmos que a performatividade admite a resignificação dos perfis estabelecidos a partir da identificação de comportamentos múltiplos e variáveis, então isso se daria de forma personalizada – assim como a plataforma se propõe a fazer –, particularizando os modos de vida informados para os usuários. Nesse caso, entende-se que isso poderia ter implicações sobre a noção de comum e a experiência da hegemonia, que passaria a operar a partir de um critério subjetivo.

Apesar disso, identificou-se na literatura a concepção de que, por operar mediante correlações não selecionadas, não classificadas e não hierarquizadas, o sistema algorítmico seria capaz de manter autonomia diante das normas sociais, emancipando a ação normativa com relação ao comportamento médio²⁵. Antoinette Rouvroy e Thomas Berns

²³ BUTLER, Judith. Por uma leitura cuidadosa. In: BENHABIB, Seyla et al. *Debates feministas: um intercâmbio filosófico*. Editora Unesp, 2018b, p. 202.

²⁴ BRUNO, Fernanda. *Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjetividade*. Coleção Ciberultura. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 160.

²⁵ TELES, Edson. Governamentalidade algorítmica e as subjetivações rarefeitas. *Kriterion*, Belo Horizonte, nº 140, Ago. 2018, p. 429-448.

defendem que a lógica de correlação adotada na elaboração de perfis reconstrói casos singulares sem relacioná-los a nenhuma norma geral, razão pela qual entendem a governamentalidade algorítmica como a-normativa²⁶. Assim, quando rejeitam a existência de normas discursivas que pautem a constituição dessas identidades, esses autores adotam o sentido foucaultiano de normatividade, no que diz respeito aos dispositivos de controle que incidem sobre o indivíduo médio ou normal²⁷.

Essa afirmação parte de um entendimento muito particular de normatividade, considerando que o governo das condutas só ocorreria mediante a sua normalização. Contudo, o questionamento sobre os processos algorítmicos que constituem os sujeitos exige considerarmos a ontologia do sujeito que está sendo produzido, o que, em um contexto de enquadramentos²⁸ liberais e multiculturais, é concebida a partir de categorias múltiplas que incluem etnicidade, classe, raça, religião, sexualidade e gênero²⁹. Essas são algumas das categorias mobilizadas pelos algoritmos na leitura de rastros digitais, quando se propõem a identificar e descrever as características de determinado perfil a partir de uma noção ampla de contingência. Assim, apesar de induzidas mediante correlações, as descrições algorítmicas se utilizam de categorias discursivas para reconhecer elementos aparentemente definidores dos sujeitos, em um processo normativo que acaba por produzir, através disso, a definição mesma que circunscreve as identidades em torno desses elementos. No enquadramento da multiculturalidade, a projeção de subjetividades realizada por meio da perfilização informa múltiplos modos de vida aos usuários, sem que isso signifique uma renúncia à normatividade.

Ainda, qualquer afirmação sobre a (a)normatividade desses procedimentos deve considerar “outro nível no qual o normativo opera, isto é, mediante normas que produzem a ideia do humano digno de reconhecimento e representação”³⁰. E, nesse ponto, é importante esclarecer de que forma essas normas são impactadas pela formação de bolhas discursivas, ideológicas e identitárias no ambiente das redes sociais, estabelecendo uma relação entre a alteridade e as fronteiras do reconhecimento. O que se pretende demonstrar a seguir é que não apenas as projeções produzidas a partir de enquadramentos liberais e multicultu-

²⁶ ROUVROY, A.; BERNS, T. Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o dispar como condição de individuação pela relação? *Revista Eco-Pós*, v. 18, n. 2, p. 36–56, 27 out. 2015.

²⁷ FOUCAULT, Michel. “*Segurança, Território, População. Curso dado no Collège de France (1977-1978)*”. Tradução de E. Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

²⁸ Para Butler: “quando falamos sobre ‘enquadramentos’ nesse sentido, não estamos falando simplesmente de perspectivas teóricas que trazemos para a análise da política, mas sim de modos de inteligibilidade que favorecem o funcionamento do Estado e que, assim, constituem, eles próprios, exercícios de poder mesmo quando excedem o âmbito específico do poder estatal.” BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra*: quando a vida é passível de luto. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 213.

²⁹ BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra*: quando a vida é passível de luto. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 198.

³⁰ BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra*: quando a vida é passível de luto. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 198.

rais enclausuram os sujeitos em posições normativas, como também têm por decorrência o enrijecimento das próprias possibilidades de reivindicação sobre a reconhecibilidade.

2. BOLHAS, RECONHECIMENTO, ALTERIDADE

Entende-se, portanto, que o mecanismo da perfilização, tendo por objetivo a atribuição de conteúdo personalizado ao usuário, opera de forma normativa sobre o sujeito. Significa dizer, portanto, que toda a informação disponível nas redes sociais é reorganizada, de forma que a interpelação dos usuários ocorre a partir dos interesses presumidos pelos algoritmos. Isso é tão mais restritivo em termos de modos de vida informados nos processos performativos, quanto maior for a expressividade dessas plataformas e mais consolidadas estiverem na posição de meio informativo e, sobretudo, de espaço plausível para a ação pública.

A personalização das informações disponíveis decorre, portanto, dos perfis produzidos a partir desses enquadramentos normativos. Uma vez presumido determinado interesse ou convicção, o usuário é interpelado pelo algoritmo com conteúdos relacionados a esta projeção, de forma que as previsões das quais resultaram um maior número de interpelações bem-sucedidas serão insistentemente reiteradas pelo algoritmo. A consequência disso é o reforço de determinados perfis e, portanto, de certas configurações de identidade, o que, em escala coletiva, “leva à homofobia, o fracionamento dos ambientes virtuais em bolhas”³¹.

O micro direcionamento e personalização de conteúdos expõem os usuários a conteúdos que apenas reforçam suas convicções e interesses presumidos, isolando-os de opiniões que os contradizem, em um fenômeno chamado de “câmaras de eco”³². Assim, boa parte das interações na rede ocorrem entre pessoas que já dividem algo em comum, o que demonstra que na potência da alteridade nas redes sociais reside um paradoxo, já que a possibilidade indefinida de conexões costuma resultar em posturas diante do outro que oscilam entre a hostilidade e a indiferença:

Pode-se repensar, a partir disso, em que medida a arquitetura de redes digitais efetivamente implica a possibilidade indefinida de conexões. A forma das ligações em rede tende a privilegiar um núcleo central de interações mais frequentes secundada por círculos mais ou menos concêntricos de relações progressivamente mais fracas, até chegar nas episódicas. Embora autores como Granovetter (1973; 1983) frequentemente ressaltem a importância desses laços fracos, seu potencial de inte-

³¹ DE CASTRO, J. C. L. Plataformas algorítmicas: interpelação, perfilamento e performatividade. *Revista FAMECOS*, v. 26, n. 3, p. 33723, 27 dez. 2019, p. 18.

³² SUNSTEIN, Cass. *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*. Princeton University Press, 2017.

ração é igualmente menor no que tange à constituição da identidade. O crescimento das redes, recorda Baran (1964) em seu estudo fundador, presume uma descentralização, mas não necessariamente uma abertura. Redes, na visão de Barabási (2009), tendem a crescer no fortalecimento dos laços já existentes – a redundância, mais do que a novidade, parece ser a tônica. O que sugere, por seu turno, um princípio tácito de exclusão da diferença ou do fechamento da comunidade, como sugerem alguns estudos de Wellman (2001a; 2001b)³³

Por um lado, esse procedimento encoraja a reiteração das mesmas perspectivas e posições já assumidas, o que produz um efeito despolitizante sobre as identidades que ali se constituem. Por outro, a formulação de bolhas implica a perda da noção do outro: o sujeito, apesar de fragmentado em quantidades de perfis e categorias que se inter relacionam, é 'múltiplo sem alteridade', uma vez que estes perfis “se relacionam, todos, a ‘ele mesmo’, às suas propensões, aos seus desejos presumidos, suas oportunidades e seus riscos”³⁴.

Contudo, a perda do outro não é absoluta: o que se verifica, nas redes sociais, é que as identidades ali produzidas incentivam fundamentalmente a abjeção, em que o outro é banido do campo do simbólico, mas continua a agir, “como uma espécie de espectro que provoca uma constante sensação de ameaça no sujeito”³⁵. Se o sujeito se constitui pela diferenciação, esta pode se manifestar de formas melhores ou piores, sendo que os tipos piores “tendem a desprezar e degradar aqueles de quem o ‘eu’ é distinto”³⁶. Assim, o repúdio repetido e sistemático da alteridade se observa quando a diferenciação exige que os antagonismos impliquem necessariamente uma contradição ou um impasse como conclusão, o que se dá especialmente diante dessas formas de silenciamento da alteridade:

A possibilidade de desconexão, de bloquear acessos e regular com quem se fala em uma escala diferente das interações face a face e a capacidade de fechamento dentro de comunidades com as quais já se mantém afinidades (evitando assim as aberturas para quaisquer discursos contrários) parecem constituir formas de silenciamento da alteridade exatamente nos espaços aonde se prevê a ligação. Menos do que tolerado, o outro diferente pode ser ignorado, e a virulência de algumas interações chama a atenção exatamente para essa falta de tolerância – desconectar-se

³³ MARTINO, L. M. S. A potência da alteridade nas mídias digitais: uma perspectiva de identidade e diferença. *Lumina*, v. 10, n. 2, 31 ago. 2016, p. 4.

³⁴ ROUVROY, A., BERNIS, T. “*Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o dispar como condição de individuação pela relação?*”. Tradução de P. H. Andrade. *Revista Eco Pós*, Rio de Janeiro, UFRJ, Vol. 18, Nr. 2, pp. 36-56, 2015.

³⁵ PACHECO, M. F. A reconhecibilidade precede o reconhecimento? Acerca das críticas de Judith Butler a Axel Honneth. *Revista Dissertatio de Filosofia*, v. 47, 20 set. 2018, p. 215.

³⁶ BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra: quando a vida é passível de luto*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 208.

do outro significa um fechamento a todos os enunciados que contradigam o que já se sabe.³⁷

Identifica-se, portanto, um fechamento do ‘nós’ em relação a ‘eles’, em um processo que costuma derivar para marcações radicais de identidade, “no sentido de estipular relações binárias, quase sempre de caráter opositivo, entre o ‘eu’ e o ‘outro’”³⁸. Isso significa um aprofundamento de fronteiras que fazem a diferença – e talvez mais do que isso, da abjeção – o principal foco da política, a partir da ideia de um conflito insuperável, constitutivo de um antagonismo fundamental entre os grupos identitários. As bolhas, ao promoverem o fechamento para a alteridade, incitam as ‘formas piores’ de diferenciação, o que ignora a potência do antagonismo: este pode ser vivido dentro de e entre sujeitos como uma força política dinâmica e produtiva³⁹, de modo a suspender a ideia de reconciliação como meta⁴⁰.

Não obstante, pretende-se demonstrar um efeito ainda mais perverso desse isolamento cognitivo, que se dirige particularmente às vidas que não são consideradas dignas de reconhecimento e representação a partir das normas hegemônicas. Defende-se um nível normativo no qual as bolhas operam, impondo obstáculos para a entrada no campo do aparecimento, o que tem efeitos para a possibilidade de reivindicação sobre os limites do reconhecível.

Para Arendt, a ação emerge do ‘entre’: a esfera do aparecimento surge apenas na condição de um certo enfrentamento subjetivo – uma figura espacial que tanto vincula quanto diferencia⁴¹. Aparecer, na política contemporânea, significa dizer que devemos ser vistos, registrados pelos sentidos de alguém mais que não apenas os nossos⁴². Quando os corpos aparecem juntos, fazem o espaço de aparecimento surgir; e esse espaço é uma parte essencial e um efeito da ação⁴³. Nessa linha, o que é chamado de ‘a esfera pública’ – o suporte material para a ação política – é construído por meio de exclusões constitutivas e formas compulsórias de negação; assim, ser excluído do espaço de aparecimento significa

³⁷ MARTINO, L. M. S. A potência da alteridade nas mídias digitais: uma perspectiva de identidade e diferença. *Lumina*, v. 10, n. 2, 31 ago. 2016, p. 15.

³⁸ MARTINO, L. M. S. A potência da alteridade nas mídias digitais: uma perspectiva de identidade e diferença. *Lumina*, v. 10, n. 2, 31 ago. 2016, p. 5.

³⁹ BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra: quando a vida é passível de luto*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 206.

⁴⁰ BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra: quando a vida é passível de luto*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 212.

⁴¹ BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Editora José Olympio, 2018a, p. 86.

⁴² BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Editora José Olympio, 2018a, p. 95.

⁴³ BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Editora José Olympio, 2018a, p. 98.

ser impedido de ser parte da pluralidade que o constitui, o que, em termos arendtianos, é ser privado do direito a ter direitos⁴⁴.

Admitindo-se que a exclusão digital já recusa, de antemão, o aparecimento a determinadas vidas, o que pode significar a formação da pluralidade nas redes sociais? Especialmente quando relacionada àquelas formas de silenciamento da alteridade, constata-se que a esfera pública virtual é constituída de forma a impedir o estabelecimento de uma relação política com o diferente, o que interfere diretamente na possibilidade de as reivindicações serem vistas e ouvidas pelo outro.

De que forma, então, é possível conceber uma ação política que modifique a relação entre reconhecível e irreconhecível? Neste ponto, retoma-se a discussão anterior sobre o outro nível em que o normativo opera, qual seja, produzindo de antemão as normas sobre quais vidas serão dignas de reconhecimento e representação. Ao defender que a reconhecibilidade precede o reconhecimento, Butler ressalta a força de um regime de reconhecibilidade que, antecipadamente, determina a constituição de vidas reconhecíveis e de vidas precárias, essas últimas ininteligíveis ou irreconhecíveis em tal enquadramento⁴⁵.

Sendo assim, as bolhas, quando isolam o usuário de posições dissonantes, estabelecem um regime de reconhecimento embasado na diferenciação absoluta, aprofundando as fronteiras entre humano e inumano; entre as vidas reconhecíveis e as vidas abjetas. Na hipótese de que essas vidas não reconhecíveis estejam se manifestando nas redes sociais, utilizando-se desse espaço como suporte para suas reivindicações, constata-se que essas manifestações sequer atingem as condições para a aparição, porquanto emitidas por usuários que, muito frequentemente, estão associados a interesses e convicções adversos. Se “a demanda compulsória por aparecer de um modo em vez de outro funciona como uma pré-condição para aparecer por si só”⁴⁶, esse requisito se vincula diretamente à possibilidade de os algoritmos identificarem essas reivindicações como relevantes para os outros – no que reside um paradoxo.

Essa contradição demonstra que, apesar da promessa de conexões em escala planetária, as redes sociais simulam uma esfera pública democrática, na qual seria possível a ação política, ao mesmo tempo em que estabelecem regimes normativos de reconhecibilidade que fragilizam as experiências comuns de forma a aprofundar as fronteiras da diferença. Nesse espaço, isso produz a invisibilidade e inoperosidade de categorias impor-

⁴⁴ BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Editora José Olympio, 2018a, p. 91.

⁴⁵ PACHECO, M. F. A reconhecibilidade precede o reconhecimento? Acerca das críticas de Judith Butler a Axel Honneth. *Revista Dissertatio de Filosofia*, v. 47, 20 set. 2018, p. 218.

⁴⁶ BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Editora José Olympio, 2018a, p. 42.

tantes para o nosso entendimento de democracia, como a divergência política, o dissenso coletivo, as resistências e contestações, promovendo o congelamento de possibilidades e aberturas das subjetividades nessas bolhas⁴⁷. Para além disso, cria obstáculos aos objetivos de uma política democrática, já que “apenas modificando a relação entre o reconhecível e o irreconhecível (a) a igualdade pode ser entendida e buscada e (b) “o povo” pode se abrir para uma elaboração mais profunda”⁴⁸.

3. COALIZÕES LIMÍTROFES

A pesquisa realizada permitiu compreender que o ambiente das redes sociais, por ser regido pela perfilização e pelas bolhas, favorece a proliferação de identidades políticas. Isso ocorre a partir de múltiplos modos de vida informados, os quais atuam normativamente sobre a produção dos sujeitos; mas também porque o apagamento da alteridade aprofunda as fronteiras da diferença, sobre as quais é projetado o foco da ação política. Assim, os enquadramentos liberais e multiculturais operam sobre o fortalecimento do sujeito como condição para a agência – já que sequer é possível se manifestar sem um perfil neste espaço –, o que, associado ao isolamento cognitivo provocado pelas bolhas, favorece as formas de coligações políticas fundadas na identidade.

Com efeito, as identidades produzidas com a moderação dos algoritmos costumam reiterar formas de diferenciação que pressupõem o ódio e repúdio ao outro. A consequência disso para os grupos políticos é que estes sofrem contínuas cisões diante da impossibilidade de diferenciar-se do outro sem que isto signifique (a) assimilar diferença à identidade ou (b) fazer da diferença um impensável fetiche ou alteridade⁴⁹. Nesse sentido,

A política da identidade não é capaz de fornecer uma concepção mais ampla do que significa, politicamente, viver junto, em contato com as diferenças, algumas vezes em modos de proximidade não escolhida, especialmente quando viver juntos, por mais difícil que possa ser, permanece um imperativo ético e político.⁵⁰

Essas formas de diferenciação absoluta desarticulam as possíveis coalizões entre aqueles ineligiáveis para o reconhecimento, como aquelas que permitiriam reivindicações

⁴⁷ TELES, Edson. Governamentalidade algorítmica e as subjetivações rarefeitas. *Kriterion*, Belo Horizonte, nº 140, Ago. 2018.

⁴⁸ BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas*: notas para uma teoria performativa de assembleia. Editora José Olympio, 2018a, p. 11.

⁴⁹ BUTLER, Judith. Por uma leitura cuidadosa. In: BENHABIB, Seyla et al. *Debates feministas*: um intercâmbio filosófico. Editora Unesp, 2018b, p. 209.

⁵⁰ BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas*: notas para uma teoria performativa de assembleia. Editora José Olympio, 2018a, p. 34.

a partir de objetivos provisoriamente sobrepostos. Não apenas porque o outro se torna intolerável, mas também porque as bolhas implicam a perda do comum.

A personalização de conteúdo pode significar, muitas vezes, que a percepção quanto aos mecanismos de poder hegemônicos se dá diferencialmente para os usuários, a partir da simulação de realidades por câmaras de eco ou da incidência individualizada da normatividade quanto aos modos de vida informados pela perfilação. Isso compromete o estabelecimento de pautas comuns, o que muitas vezes faz com que os grupos minorizados percam de vista as formas de ação que exponham o policiamento das fronteiras do espaço do aparecimento em si. Para esses grupos, a negativa do direito de aparecer no espaço tido como público cria obstáculos, especialmente, quanto à possibilidade de subversão das normas hierárquicas e excludentes que governam o reconhecimento.

O 'direito' de aparecer é tacitamente apoiado por esquemas regulatórios que qualificam apenas certos sujeitos para o exercício desse direito. Então não importa quão 'universal' o direito de aparecer reivindique ser, o seu universalismo é minado por formas diferenciais de poder que qualificam quem pode e quem não pode aparecer. Para aqueles considerados 'inelegíveis', a luta para formar alianças é fundamental, e envolve uma proposição plural e performativa de elegibilidade onde ela não existia antes.⁵¹

Admite-se, portanto, que as narrativas que conferem às redes sociais o caráter de espaço público, ou ainda, as que as sustentam como suporte válido para a ação política, ignoram ou pretendem apagar os mecanismos pelos quais essas plataformas sufocam formas de resistência política que objetivem questionar as normas excludentes do reconhecimento. Para aqueles a quem é negado o direito ao aparecimento, esses espaços conduzem ao esvaziamento do caráter político de suas manifestações, criando um aparente consenso nas relações ali estabelecidas. Reivindicar o aparecimento para além das bolhas torna-se sinônimo de expor-se à violência como ônus absoluto, uma vez que as redes sociais não são estruturadas para oportunizar o reconhecimento do outro, mas justamente o contrário.

Para além disso, os espaços públicos digitais, da forma como estão hoje dispostos, produzem identidades normativas – e, de forma mais ampla, grupos identitários – que sofrem contínuas cisões diante da abjeção do outro. Tal renúncia parece ser particularmente danosa às minorias políticas quando identificamos o fortalecimento das reivindicações fundadas na identidade em detrimento de coalizões que tenham em vista a ocorrência de objetivos comuns.

⁵¹ BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas*: notas para uma teoria performativa de assembleia. Editora José Olympio, 2018a, p. 57.

CONCLUSÃO

Apesar de serem anunciadas como ‘praças públicas’ e suporte legítimo para a ação política, com a promessa promoverem uma quantidade indefinida de conexões, as redes sociais corroem os objetivos da política democrática quando impõem obstáculos para que se modifique a relação entre o reconhecível e o irreconhecível. Na proposta de oferecer um conteúdo personalizado aos usuários, organizam as informações por meio da perfilização, que por sua vez tem por consequência a formação de bolhas discursivas, ideológicas e identitárias.

A perfilização se utiliza da coleta e processamento de dados para fazer projeções sobre os interesses dos usuários, com a pretensão de extrair um conhecimento objetivo acerca dos traços deixados pelos indivíduos. As induções feitas a partir desses dados operam sobre a produção de subjetividades de forma performativa. Com a enunciação de identidades simuladas, informam modos de vida e citam categorias e normas culturais a partir das convicções e interesses presumidos.

Essas posições são reforçadas com a atribuição de conteúdo personalizado, o que produz ‘câmaras de eco’ e, em escala coletiva, leva ao fracionamento do ambiente virtual em bolhas. Nesse contexto, as interações ocorrem entre pessoas que já compartilham essas convicções e interesses. Disso derivam as marcações radicais de identidade que desprezam e degradam aqueles de quem o ‘eu’ é distinto; mas também os entraves para que se estabeleçam relações políticas com o diferente. Observa-se que os algoritmos, na medida em que encorajam a reiteração das mesmas posições já assumidas e, ao mesmo tempo, impedem o estabelecimento de uma relação política com o outro, produzem um efeito despolitizante sobre as subjetividades.

Ademais, a ação normativa dos algoritmos sobre as subjetividades está tanto no uso de categorias discursivas para reconhecer elementos aparentemente definidores dos sujeitos – o que produz a definição mesma que circunscreve as identidades –, quanto na reiteração das normas excludentes que estabelecem a reconhecibilidade, e sobretudo no fechamento para a sua ressignificação a partir do cerceamento das condições de aparição dessas vozes dissonantes.

Por encarnar microrregularidades de nichos, tribos e grupos enquanto contingência e, ainda, por promover formas de diferenciação mais intolerantes, constata-se que a personalização de conteúdos favorece a proliferação de identidades políticas. Essas identidades são fortalecidas enquanto princípio organizativo da política, ao passo que são sufocadas e desarticuladas as possibilidades de coalizão a partir de objetivos comuns, o que é especialmente relevante para grupos minorizados que pretendem fazer reivindicações sobre os limites da reconhecibilidade.

REFERÊNCIAS

BAPAYE, J. A.; BAPAYE, H. A. Demographic Factors Influencing the Impact of Coronavirus-Related Misinformation on WhatsApp: Cross-sectional Questionnaire Study . *JMIR Public Health Surveill.*, v. 7, n. 1, p. e19858, Jan. 2021. Doi: 10.2196/19858. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33444152/>

BENTES, Anna. *Quase um tique: economia da atenção, vigilância e espetáculo em uma rede social*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2021. Disponível em: <http://www.editora.ufrj.br/DynamicItems/livrosabertos-1/quase-um-tique.pdf>. Acesso em 07/09/2023.

BÜCHI, M. et al. The chilling effects of algorithmic profiling: Mapping the issues. *Computer Law & Security Review*, v. 36, p. 105367, abr. 2020.

BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra: quando a vida é passível de luto*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Editora José Olympio, 2018a.

BUTLER, Judith. Por uma leitura cuidadosa. In: BENHABIB, Seyla et al. *Debates feministas: um intercâmbio filosófico*. Editora Unesp, 2018b. p. 189-253.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

BRAGATTO, Rachel C. (org.). *Democracia digital, comunicação política e redes: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016.

BRUNO, Fernanda. Dispositivos de vigilância no ciberespaço: duplos digitais e identidades simuladas. *Revista Fronteiras – estudos midiáticos* VIII (2), maio/agosto 2006.

BRUNO, Fernanda. *Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjetividade*. Coleção Cibercultura. Porto Alegre: Sulina, 2013.

COVER, R. Performing and undoing identity online: Social networking, identity theories and the incompatibility of online profiles and friendship regimes. *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies*, v. 18, n. 2, p. 177–193, maio 2012.

DE CASTRO, J. C. L. Plataformas algorítmicas: interpelação, perfilamento e performatividade. *Revista FAMECOS*, v. 26, n. 3, p. 33723, 27 dez. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Packingham v. North Carolina*. Decidido em: 19 de junho de 2017. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1194_08l1.pdf. Acesso em 02/09/2023.

FACEBOOK. Disponível em <https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870>. Acesso em 07 set. 2023.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território, População*. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução de E. Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOOGLE. Disponível em: <https://blog.google/intl/pt-br/novidades/iniciativas/como-o-pl-2630-pode-piorar-a-sua-internet/#:~:text=O%20PL%202630%20deveria%20apoiar,Not%C3%ADcias%20e%20a%20pr%C3%B3pria%20Busca>. Acesso em 08 set. 2023.

MARTINO, L. M. S. A potência da alteridade nas mídias digitais: uma perspectiva de identidade e diferença. *Lumina*, v. 10, n. 2, 31 ago. 2016.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. Disponível em: <https://www.nic.br/noticia/na-midia/exclusao-digital-no-brasil/>. Acesso em: 15 set. 2023.

PACHECO, M. F. A reconhecibilidade precede o reconhecimento? Acerca das críticas de Judith Butler a Axel Honneth. *Revista Dissertatio de Filosofia*, v. 47, 20 set. 2018.

PARISIER, Eli. *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

ROUVROY, A.; BERNIS, T. Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o díspar como condição de individuação pela relação? *Revista Eco-Pós*, v. 18, n. 2, p. 36–56, 27 out. 2015.

SAMPAIO, Rafael C. BRAGATTO, Rachel C. NICOLÁS, Maria Alejandra. A construção do campo de Internet & Política: análise dos artigos brasileiros apresentados entre 2000 e 2014. In: SILVA, Silvado P., SAMPAIO, Rafael C. BRAGATTO, Rachel C. (org.). *Democracia digital, comunicação política e redes: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016.

SUNSTEIN, Cass. #Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media. *Princeton University Press*, 2017.

TELES, Edson. Governamentalidade algorítmica e as subjetivações rarefeitas. *Kriterion*, Belo Horizonte, nº 140, Ago. 2018.

HISTÓRIA DO DIREITO

A BANALIDADE DO MAL EM MAUS E ZONA DE INTERESSE: COMPLEMENTARIDADE E CONTRASTE

Bruna Marchesini Xavier Pedro

Pedro Otávio Stivanin Sutilli

RESUMO

Este artigo objetiva levantar hipótese acerca de um possível segundo estágio da banalidade do mal Arendtiana, em que a mecanização do mal nos totalitarismos atinge tamanha potencialidade que se torna capaz de embutir indiferença até mesmo nos atos mais degenerativos da dignidade da pessoa humana. Nesse ínterim, serão analisadas duas obras ambientadas no regime nazista alemão que representam momentos distintos – e complementares, com relação de causa e efeito – do fenômeno cunhado por Arendt: o filme *Zona de Interesse*, dirigido por Jonathan Glazer; e o livro *Maus*, de Art Spiegelman. Busca-se demonstrar de que modo o profissional burocrata e esquivo representado por Glazer pode se transformar nos violentos e impiedosos soldados de Spiegelman. Para fins de contextualização, também será traçado um panorama acerca da concepção do mal ao longo do tempo, explicando as disrupções trazidas pelas teorias de Immanuel Kant e Hannah Arendt. Ainda, o artigo almeja expor o potencial de instrumentalização que o direito e a legalidade portam em si, utilizados enquanto recursos de legitimação do Terceiro Reich e como bodes expiatórios da culpabilização individual nos julgamentos dos oficiais nazistas (a título de exemplificação, será discutido o caso Eichmann, base da teorização Arendtiana).

PALAVRAS-CHAVE: Banalidade do Mal; Hannah Arendt; Totalitarismos.

ABSTRACT

*This article aims to propose a hypothesis regarding a possible second stage of Arendt's "banality of evil," in which the mechanization of evil in totalitarian regimes reaches such a level of potentiality that it embeds indifference even in the most degrading acts against human dignity. In this context, two works set in the Nazi regime will be analyzed, representing distinct yet complementary moments—exhibiting a cause-and-effect relationship—of the phenomenon coined by Arendt: the film *Zone of Interest*, directed by Jonathan Glazer, and the book *Maus* by Art Spiegelman. The study seeks to demonstrate how the bureaucratic and evasive professional depicted by Glazer can transform into the violent and merciless soldiers represented by Spiegelman. For contextualization, a panorama of the conception of evil throughout history will also be outlined, highlighting the disruptions brought by the theories of Immanuel Kant and Hannah Arendt. Furthermore, the article aims to expose the potential for instrumentalization that law and legality possess, used as resources for legitimizing the Third*

Reich and as scapegoats for individual culpability in the trials of Nazi officials (the case of Eichmann, which serves as the foundation for Arendt's theorization, will be discussed as an example).

KEYWORDS: *Banality of Evil; Hannah Arendt; Totalitarianism.*

INTRODUÇÃO

Historicamente, os estudos acerca do mal sempre tendem a tratá-lo de modo indissociável à teodiceia e ao pecaminoso. Essa monopolização do desígnio do perverso pelo âmbito religioso cessou com a doutrina do mal radical, presente em *A religião nos limites da simples razão* (1793), de Immanuel Kant. Na busca por identificar o fundamento primeiro do mal humano (despindo-se de categorias divinas), Kant concluiu que a maldade do homem é decorrente de sua liberdade prática para contrariar a lei moral universal: está em sua intenção disruptiva. De tal forma, a autonomia tem valor fulcral para a moralidade de Kant, visto que o homem é munido da escolha por gerar o bem ou o mal.

O mal radical, por sua vez, é uma potencialização do mal e relaciona-se à rejeição consciente do bem, priorizando o egoísmo (amor de si) na tomada de decisões do ser livre. Kant, porém, não admitia ser possível a perseguição do mal pelo mal, sem objetivos outros: o mal condiciona-se à existência de uma urgência egoística.

É nesse ponto que Hannah Arendt inscreve seus estudos e encontra discordâncias. Para ela, a experiência totalitária do século XX inaugurou uma nova modalidade de mal, de um radicalismo tão acentuado que já não é mais radical. O mal agora encontra fim em si mesmo, sem motivações outras. De tal modo, enquanto Kant focalizou a abordagem moralista do mal, Arendt preferiu a ético-política, concluindo que o mal observável em seu campo de estudo – o regime nazista – ultrapassa os limites do perverso antes conhecidos por ter tornado todos os homens supérfluos, dispensáveis em ambos os campos material e mental para a manutenção do sistema. É o que a filósofa chamou de banalidade do mal. Tal fenômeno potencializou a expansão do perverso à medida que figuras banais foram munidas da capacidade de reprodução do *status quo* pelo simples ato de agir de acordo com as leis. Esse “vazio de pensamento” dos indivíduos imbuídos no sistema, obedientes e desprovidos de senso crítico, representa a intersecção do tema tratado para com o direito: urge o entendimento de que nem sempre o regramento legal reflete o que é moralmente correto.

Nesse diapasão, o artigo pretende destrinchar o conceito de mal banal (e como Arendt chegou até ele, influenciada por Kant) por intermédio da interdisciplinaridade, com a análise de uma obra filmográfica e outra literária que expõem duas fases díspares do fenômeno da banalidade.

Em primeiro plano, tem-se o filme *Zona de Interesse* (*The Zone of Interest*, 2023)¹, do diretor britânico Jonathan Glazer. Livre adaptação do livro *A Zona de Interesse*, escrito por Martin Amis e publicado no Brasil em 2015 pela Companhia das Letras, a obra explora uma faceta incomum do regime nazista alemão, pois prioriza o cotidiano imerso em indiferença daqueles responsáveis pela continuidade do Terceiro Reich ao invés de explicitar os horrores por eles cometidos. Em um primeiro momento, esse aparente distanciamento das atrocidades (percebidas no atendimento à sonografia do campo de extermínio ao fundo) parece retirar o caráter vilanesco das figuras nazistas, humanizando-os: em uma cena do filme, o comandante Rudolf Höss (Cristian Friedel) é mostrado criando seus filhos com a devida proteção de um pai. Mas em uma análise mais profunda, essa aura de indiferença e naturalidade que permeia a obra apenas reforça a perversidade com que o mal banal é reproduzido.

De modo complementar (mas, ao mesmo tempo, oposto), tratar-se-á do livro em quadrinhos *Maus - a História de um Sobrevivente* (2005)², de Art Spiegelman, uma narrativa testemunhal em que o filho entrevista o pai, sobrevivente do holocausto. Além da técnica em quadrinhos, o livro inova ao representar cada povo como um animal diferente: judeus como ratos, alemães como gatos, norte-americanos como cachorros e poloneses como porcos. No que tange o início deste parágrafo, é complementar porque também ilustra o conceito de Arendt, e é oposto pois o faz de outra forma: aqui, o perverso é escancarado. Spiegelman não consumou nenhuma tentativa de humanizar os responsáveis pelo sofrimento de seu pai e outros milhões de judeus. Em *Maus*, vê-se o abominável de modo tão claro que se torna comum o questionamento: o que há de banal em tamanha barbárie? Aqui, de fato, o banal exige mais atenção para ser percebido: enquanto em *Zona de Interesse* ele se mostra pelo cotidiano indiferente dos responsáveis, em *Maus* a banalidade está na massificação e na ordem. O contingente nazista tornou-se tão significativo e regado que houve um desacoplamento entre o fazer e o juízo sobre o fazer. As ordens do Reich estavam sendo cumpridas como se fossem quaisquer outras de um Estado Democrático de Direito. A indiferença nos atos cotidianos foi levada ao patamar de indiferença no exercício da função e da violência. É como se *Maus* fosse consequência de *Zona de Interesse*, um segundo estágio da banalidade do mal.

Portanto, a investigação tem por pilar maior de sustentação a interdisciplinaridade dialética, com o traço de linhas comparativas entre as significações de mal de Kant e Arendt (e de autores que os interpretam), e também entre as duas obras supracitadas que retratam o mal banal.

Destaca-se, logo de início, que as linhas subsequentes não pretendem, de modo algum, a formulação de uma reestruturação nos estudos sobre a banalidade do mal. Quer-

¹ ZONA de interesse. Direção: Jonathan Glazer. Reino Unido: A24, 2023. 1 filme (105 min).

² SPIEGELMAN, Art. *Maus*. São Paulo: Cia das Letras, 2005.

-se, isso sim, levantar uma hipótese pautada na análise das obras em questão: em um regime totalitário, a potencialização das máquinas burocráticas pode se desdobrar a tal ponto que o indivíduo é entorpecido e sai da dimensão da ação, com o esfacelamento da atitude pensada e a constituição de um *animal laborans* (homem enquanto reles cumpridor de ordens). Ademais, esse fazer-mecânico torna o direito obsoleto, à medida que as leis nada são quando aplicadas sem passarem pela subjetivação ético-política de um senso crítico e pensante.

1. O MAL RADICAL ENQUANTO PRECURSOR

O caráter disruptivo do mal kantiano explicita-se na obra em que a teoria se inscreve: a obra *A religião nos limites da simples razão* inovou ao centralizar tanto a ciência quanto a fé na razão, sendo essa a instância suprema do homem, mesmo que finita e digna de falhas – que levam ao mal.

Para o claro entendimento de mal em Kant, faz-se mister a referência às ideias de moralidade e liberdade que faz o filósofo. O pensador de Königsberg compreende que “(...) a conduta moral não está relacionada à obediência a nenhuma lei determinada externamente – seja ela a lei de Deus, sejam as leis dos homens”³. Isto é, a moralidade é uma atividade individual, na figura de leis personalíssimas definidas pelo próprio sujeito e a serem seguidas pelo mesmo. Essa é a primazia da razão, sendo ela capaz da estipulação de uma lei universal (a lei moral) a si mesmo, em forma de imperativo categórico: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.⁴

Relaciona-se a isso a liberdade prática e a autonomia da vontade do ser humano, pois são necessárias para a livre definição daquilo que é moral. A partir do estabelecimento do que é moral para o indivíduo, tem-se a possibilidade do mal como a digressão daquilo que é acordado. Assim, pode-se falar numa disposição originária para o bem, mas também em uma propensão para o mal (visto que a natureza humana é corrompida e tende ao egoísmo quando cede às inclinações – desejo incessante de repetição do prazer). Isso significa dizer que, para Kant, o mal humano não é natural no sentido de ser inerente; é sim uma disposição da escolha de máximas egoísticas que vão contra a sua moralidade.

Kant, assim, possibilita a responsabilização pelo mal. Ora, se fosse ele intrínseco à natureza humana, nada poderia ser feito. Mas a liberdade concernente tanto à definição de

³ ARENDT, Hannah. *Algumas questões de filosofia moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 132.

⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Seleção de textos Marilena de Souza Chauí; trad. Paulo Quintela, Tania Maria Bernkopf, Rubens Rodrigues filho. Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 129.

atos morais quanto ao proposital desrespeito dos mesmos torna o sujeito culpável: o mal é um ato do arbítrio, como infere Oswaldo Giacóia Jr.:

[...] Adverte-nos Kant – para que não tropeçemos desde o início nas palavras – convém lembrar que a expressão ‘mal’ encerra uma conotação essencialmente moral, implicando, por conseguinte, o contrário do significado usual de natureza, isto é, o domínio do determinismo causal mecânico, que se coloca em contradição com a possibilidade de se atribuir predicado moral ao agir. A partir desse ponto de vista, o termo natureza, só pode receber uma acepção restrita, significando, pois, “o fundamento subjetivo do uso da liberdade em geral (sob leis morais) que antecede todo ato que cai nos sentidos [...] Mas esse fundamento deve ser sempre ele mesmo um ato de liberdade”.⁵

A propensão para o mal kantiano existe em três diferentes graus: fragilidade, impureza e malignidade. A primeira diz respeito à inclinação para ceder a impulsos em desacordo com a moralidade usualmente seguida; a impureza relaciona-se a uma ação em conformidade com outra máxima que não a lei moral (o vício está naquilo a que se respeita); e a malignidade é a alteração das máximas morais por máximas más. Esse último caso retrata o que é o mal radical, quando leis outras, pautadas no amor-próprio e na manutenção do prazer, incidem a tal ponto que as leis que guiam a ação humana são invertidas:

Este é, pois, o mal radical que deve ser imputado ao homem, enquanto adâmico: radical porque corrompe o fundamento supremo de todas as máximas; e, na medida em que se encontra inextricavelmente entrelaçado com a própria natureza humana, não pode ser extirpado por suas próprias forças, posto que isso não poderia ocorrer senão pela transformação da máxima suprema do arbítrio no contrário dela mesma, isto é, em virtude de esforços humanos, à disposição original para acolher a lei moral como motivo incondicional da escolha das máximas do arbítrio.⁶

De tal modo, Kant retirou o mal tanto do espectro religioso quanto da inerência humana, preferindo alocá-lo na razão do homem livre enquanto definidora daquilo que para si constitui a moralidade e, seguidamente, em sua transgressão, na forma de vontades pervertidas. Tal posição constituiu avanço no sentido de culpabilização, em decorrência da noção de que o indivíduo kantiano é livre e responsável por suas ações, e essas faculdades racionais que o fazem livre são possibilitadoras da concretização do perverso em suas ações.

⁵ GIACÓIA, JR, Oswaldo. Reflexões sobre a noção de mal radical. *Studia Kantiana*, v. 1, 1998, p. 183. Disponível em: <http://www.sociedadekant.org/studiakantiana/index.php/sk/article/view/8>.

⁶ GIACÓIA, JR, Oswaldo. Reflexões sobre a noção de mal radical. *Studia Kantiana*, v. 1, 1998, p. 191. Disponível em: <http://www.sociedadekant.org/studiakantiana/index.php/sk/article/view/8>.

2. A DISRUPÇÃO ARENDTIANA

Hannah Arendt também cunhou o conceito de “mal radical” em *Origens do Totalitarismo*, entendendo-o como o mal absoluto dos campos de extermínio nazistas. Não obstante, Arendt altera o tratamento dado ao fenômeno em *Eichmann em Jerusalém*, preferindo a expressão original “banalidade do mal”, à medida que o egoísmo (amor de si) kantiano não dá conta de explicar situações em que o perverso não tem por objetivo algum fim múltiplo que não o mal em si mesmo.

Em sua análise inicial situada em *Origens do Totalitarismo*, Arendt reproduz o conceito de “mal radical”, não obstante já apresenta indícios de que percebe a limitação do conceito do autor, visto que o mal radical é sistematizado, quer dizer, é explicável racionalmente pela inversão da lei moral que guia o sujeito. Acontece que nem todas as demonstrações fáticas do perverso enquadram-se nessa explicação objetiva de perversão:

É inerente a toda a nossa tradição filosófica que não possamos conceber um “mal radical”, e isso se aplica tanto à ideologia cristã, que concedeu ao próprio Diabo uma origem celestial, como a Kant, o único filósofo que, pela denominação que lhe deu, ao menos deve ter suspeitado de que esse mal existia, embora logo o racionalizasse no conceito de um “rancor pervertido” que podia ser explicado por motivos compreensíveis.⁷

Tangente ao tópico da moralidade, Hannah Arendt converge com Kant ao descrever a moral como domínio humano individual e autônomo, não sendo “(...) uma questão de preocupação com o outro, mas com o si-mesmo (*self*) [...] a conduta moral não está relacionada à obediência a nenhuma lei determinada externamente – seja ela a lei de Deus, sejam as leis dos homens”⁸, mas também encontra limitações na delimitação do pensador. Isso porque a forma imperativa das leis, para ela, falha ao tratar as máximas morais da mesma forma que as leis do Estado, desconsiderando as inclinações subjetivas intrínsecas ao ser humano, que impossibilitam a delimitação objetiva das ações no binômio certo-errado.

Nesse íterim, é no reconhecimento da novidade totalitária que a autora se distancia das bases kantianas. Ainda em *Origens do Totalitarismo*, entende-se que para a autora, a novidade se constrói dentro da ação política, que detém o poder de mutabilidade do mundo público. Acontece que o âmbito político há de ser, por natureza, o espaço do pluralismo dialético, embasado na liberdade humana. O totalitarismo sugou essa característica e estabeleceu uma ruptura sem precedentes na própria definição de política, apoiando-se em dois pilares: ideologia e terror.

⁷ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 510.

⁸ ARENDT, Hannah. *Algumas questões de filosofia moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 131-132.

3. O CASO EICHMANN

À guisa de Zygmunt Bauman, “O Holocausto nasceu e foi executado na nossa sociedade moderna e racional, em nosso alto estágio de civilização e no auge do desenvolvimento cultural humano, e por essa razão é um problema dessa sociedade, dessa civilização e cultura”⁹. Nesse contexto, não apenas o fenômeno representou novidade ao século XX, como também as posteriores tentativas de julgamento dos envolvidos.

Sob tal prisma, doze anos depois de *Origens do Totalitarismo*, em 1963, Arendt prossegue sua tese em *Eichmann em Jerusalém*. Ao presenciar o julgamento de Adolf Eichmann, funcionário do alto comando nazista considerado o “arquiteto do holocausto”, a filósofa observou que as novidades totalitárias não alcançaram apenas o meio macropolítico, mas estrearam também uma nova forma de tratar – e dominar – seus oficiais: pelo servilismo não pensante.

A estranheza de Arendt deu-se na percepção da ordinariedade social e psíquica de Eichmann: ao invés de um perfil vilanesco, encontrou um mero burocrata. Um dos maiores responsáveis pelo genocídio de milhões de inocentes mostrou-se ser um homem de personalidade medíocre, sem motivos torpes que justificassem suas ações. Arendt, que esperava ver no banco dos réus uma personificação do ideal maligno, concluiu em sua obra que o regime nazista não se importava com o perfil pessoal de seus dirigentes e submissos, desde que as ordens dadas fossem eficientemente cumpridas com cega obediência. Assim se sucedeu uma instrumentalização dos homens, transformados em meros *animal laborans* de um maquinário destrutivo.

O fato deste homem supérfluo e banal, desprovido de malignidade e sem notável engajamento político e motivação ideológica, ter monopolizado tamanho horror em suas mãos demonstra que houve uma total separação entre o fazer e o juízo sobre o fazer. As ordens de encaminhamento de milhões de inocentes para a morte eram cumpridas como se oriundas de qualquer outra função, pouco importando as motivações e os fins da ação maior. Os oficiais almejavam, como em qualquer outra ocupação, a ascensão social e profissional, completamente desacoplados da realidade e dos corolários de seus atos, como explica Adriano Correia:

O seu déficit moral, por assim dizer, se assenta na sua incapacidade de avaliar a desproporção entre estes dois termos: eficiência na sua função (aliada ao reconhecimento público) e a consequente destruição gratuita (que vai contra tudo o que já pôde conceber mesmo o utilitarismo mais rasteiro). A sua incapacidade consistia, por exemplo, em não perceber que os seus atos, ainda que compatíveis com a

⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998, p. 12.

ordem moral, jurídica e social instaurada pelo nazismo, não seriam coadunáveis com qualquer contexto moral, jurídico ou social até então existente ou imaginado.¹⁰

Assim, nos totalitarismos, qualquer indivíduo pode se tornar mais uma engrenagem que reproduz e retroalimenta o sistema, saindo da dimensão da ação ativa e entrando em um fazer-mecânico, com o esfacelamento da atitude pensada. É isso que Hannah Arendt chama de banalidade do mal: o mal na forma da inocência de quem o pratica. Essa forma de perversidade ultrapassa o mal radical kantiano visto que não há aqui uma inversão da lei moral seguida pelo indivíduo. Não há sequer um fim outro que não a consecução da ação por si mesma, como infere Arendt:

A conspícua superficialidade do agente tornava impossível retraçar o mal inconteste de seus atos, em suas raízes e motivos, em quaisquer níveis mais profundos. Os atos eram monstruosos, mas o agente – ao menos aquele que estava em julgamento – era bastante comum, banal, e não demoníaco ou monstruoso.¹¹

Sob tal prisma, este homem destituído enquanto sujeito político e moral, transformado em uma simples peça incapaz de julgar o todo, é o perfeito meio para a consecução banal do mal, à medida que inexiste uma filtragem interna das ordens que merecem – ou não – serem cumpridas. É nesse contexto que surge o mal banal enquanto possível corolário da liberdade humana, com maior potencial de reprodução, sistematicidade e eficiência quando comparado ao mal radical e motivado. Resta ressaltar que a banalidade não diz respeito à essência, mas sim à aparência do mal: apesar da gravidade catastrófica de seus efeitos, em sua superfície exala banalidade aparente. Confundir tais conceitos pode resultar numa errônea ideia de mal insignificante.

4. A LEGALIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO DE PODER

Como mostrado, os assassinatos em massa num sistema totalitário podem ser entendidos a partir da profissão do burocrata, para quem a função que lhe é própria não é a de responsabilidade, mas sim a de execução. Tal argumento foi, inclusive, utilizado pela defesa de Eichmann: “Minha honra é minha lealdade”¹². A complexidade do caso reside justamente na obediência, isto é, pode-se condenar alguém que agiu de acordo com as leis vigentes, sem quaisquer traços personalíssimos que expressam concordância diante

¹⁰ CORREIA, Adriano. Arendt e Kant: banalidade do mal e mal radical. *Argumentos*, Fortaleza. n. 9, 2013, p. 75.

¹¹ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 311.

¹² ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 121.

dessas normas? Hodiernamente é de fácil compreensão que a figura do *bom homem* submerso em um Estado genocida não o isenta de seus atos, mas anacronismos hão de ser evitados. No século passado, o caminho para essa conclusão demandava maior grau de reflexão, vez que o direito ainda era percebido enquanto infalível.

Diante dos fatos levados a julgamento, a defesa de Eichmann aproveitou a massificação do sistema a seu favor, utilizando a teoria da peça de engrenagem como possível justificativa para suas ações. Segundo alega, o acusado representava uma ínfima engrenagem na orquestrada maquinaria do Holocausto, sem qualquer poder decisório em suas mãos. A acusação, por outro lado, enxergava Eichmann como o verdadeiro motor do nazismo. Arendt vai na contramão de ambas as teses: o oficial era, de fato, uma pequena engrenagem, pois era o que se esperava que fosse. Entretanto, tal qualificação não representa excludente de sua punibilidade, considerando a liberdade de escolha intrínseca à condição humana. A reprodução desmotivada de ordens e a não concordância quanto a elas não atenuam o resultado final.

Outra teoria que caiu por terra foi a da culpa coletiva, que atenta utilizar o sistema propriamente dito enquanto bode expiatório para as penalizações individuais. Essa posição atenta contra o princípio da pessoalidade, que preconiza a individualidade da pena: nada nem ninguém poderá responder pelo fato praticado na figura do agente. Sobre isso, Adriano Correia aponta: “(...) onde todos são culpados, ninguém é”¹³.

Apesar da exemplificação na figura de Eichmann, não se trata de fenômeno episódico. A modernidade tem sido testemunha da manipulação das leis em favor dos grupos dominantes. Num aspecto geral, vê-se a insuficiência de mandamentos já conhecidos. De nada adianta a lei não ter força retroativa, se os efeitos *ex nunc* ferirem, de algum modo, a dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, não é suficiente que a lei seja geral – e não direcionada – na construção da proposição caso seu conteúdo lesione toda a generalidade. O mesmo vale para a universalidade.

Além das determinações citadas anteriormente e da necessária e inafastável convergência das legislações para com os Tratados, Constituições e princípios que versam em prol da pessoa humana, faz-se preciso um diuturno exercício no campo moral: ao invés da obediência enquanto virtude (e o vazio de pensamento que daí decorre), há de se desenvolver, pela educação moralizante, uma abertura para a prática dotada de reflexão prévia.

¹³ CORREIA, Adriano. Crime e responsabilidade: a reflexão de Hannah Arendt sobre o direito e a dominação totalitária. In: DUARTE, André et al. (Org.). *A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004, p. 93.

5. ZONA DE INTERESSE: O MAL VELADO

De acordo com o que foi apresentado, já são de conhecimento os estudos acerca das origens do mal e as estratégias utilizadas pelos totalitarismos - em especial, o nazismo alemão - para a consecução de seus fins. Também foi destrinchado o caso fático do julgamento de Eichmann, que auxilia na reflexão acerca da operacionalidade do mal em homens banais. Ainda, foi sublinhada a possibilidade de instrumentalização do direito enquanto justificador de sistemas totalitários. Agora é vez da transposição do que foi elencado para as exemplificações midiáticas, a fim de analisar de que modo a arte pode, de maneiras opostas mas complementares, auxiliar no entendimento do mal banal.

Em primeiro ponto, o filme *Zona de Interesse* (*The Zone of Interest*, 2023), do diretor Jonathan Glazer. O início da obra é um resumo do todo: primeiramente a escuridão total, com ruídos embaraçados ao fundo; depois de um corte seco, cantos de pássaros substituem os sons indistinguíveis e ocupando a tela preta há uma família banhando-se ao rio. Durante toda a produção permanecerá essa exposição binomial: a guerra contrastando com a paz.

Ao passo em que a história se apresenta, clarifica-se o contexto: o filme acompanha a vida da família de Rudolf Höss (Christian Friedel), oficial da *Schutzstaffel*, Polícia do Estado Nazista responsável pelo campo de extermínio de Auschwitz, na Polônia. Outro ponto de contraste reside na localização geográfica: Rudolf reside em uma imponente casa de campo que divide seus muros com Auschwitz. O bucolismo ostensivo da família, que goza de um cotidiano confortável e sem grandes emoções, é retratado na opção do diretor de formular um enredo desprovido de grandes acontecimentos. Ao invés da ação, foca-se nos simbolismos. Um filme aparentemente calmo, que apresenta um círculo social supostamente sereno e pacífico, mostra sua verdadeira face através de um recurso primordial em *Zona de Interesse*: a sonografia (que rendeu o Oscar de Melhor Som à obra). Mais do que a visualização do que há por trás dos muros que separam a casa e o campo de concentração, são os ruídos de disparos e gritos que esclarecem o objetivo do filme: relatar a simulação de uma falsa ignorância.

A ausência de cenas gráficas que denunciavam o Holocausto demanda maior atenção do público para que perceba as significações implícitas da obra, do mesmo modo como ocorre a percepção do mal banal: materializa-se velado, envernizado pela legalidade e pelo aspecto burocrático das funções – exatamente o que acontece com o protagonista. Como afirma Luiz Nazario, Professor Titular de História do Cinema na Escola de Belas Artes da Universidade Federal de Minas Gerais:

Nenhum sintoma de mal-estar ou arrependimento, Höss atingiu a perfeição do ser nazista. 'Tenho a consciência tranquila, cumpri com os meus deveres', foi o refrão repetido pelos culpados no tribunal de Nuremberg. Eles realizaram a promessa de

Hitler de libertar os seres humanos da ‘suja, degradante e venenosa loucura chamada consciência moral’.¹⁴

Outro fator que expõe a alta potencialidade reprodutiva dos totalitarismos é que o proposital desacoplamento da realidade atinge não só Höss, diretamente envolvido nessa vida dúplice, como também os demais personagens de seu círculo social. Hedwig (Sandra Hüller), esposa do comandante, orgulha-se de suas únicas preocupações cotidianas: os cuidados com os filhos, a casa e a administração das criadas polonesas. “Só saio daqui arrastada”, diz ela em certo momento à mãe.

Para além da sonografia, outro simbolismo que provoca o esfacelamento da suposta e superficial pacatez e demonstra a realidade de horror que cerca o paraíso doméstico é o tratamento concedido aos prisioneiros utilizados enquanto empregados da família. Em determinado momento, adubam os jardins floridos da casa com cinzas humanas dos crematórios enquanto o cerne familiar aproveita momentos de lazer idílico na piscina logo ao lado.

A ausência de fortes emoções e acontecimentos no filme é utilizada justamente para demonstrar a banalidade do mal em sua forma mais pura: quando a frieza decorrente da pragmatização do mal estende-se para os outros campos sociais. Höss incorpora o papel de burocrata desacoplado dos juízos de valor não apenas no exercício de suas funções, como também em seu ambiente familiar. Assim, a atitude *blasé* diante dos horrores do Holocausto é compartilhada como um pacto tácito pela reprodução do agir mecânico.

Entretanto, o acordo pela indiferença é abalado na principal cena do filme, quando os altos muros já não se mostram suficientes para impedir a simbiose entre as duas realidades. A notícia da promoção de Höss a comandante geral de todos os campos de extermínio, e sua consequente transferência de Auschwitz para Oranienburg, faz surgir uma tensão doméstica, ao passo que sua esposa se recusa a abandonar a rotina ostensiva. Em sua defesa, Hedwig declara que aquela casa era seu “espaço vital”, termo utilizado pelos nazistas para fundamentar a ocupação do leste europeu. Höss, funcionário obediente – e banal – do ideal burocrático e do Reich, decide transferir-se por conta própria, uma vez que o cumprimento de ordens, como já visto, é o principal fator de manutenção da posição social em modelos totalitários.

Essa cena demonstra o porquê de Hannah Arendt recusar as teorias da peça de engrenagem e da culpa coletiva: a liberdade de ação humana sempre se faz presente, independente da situação. Höss poderia, ao ser realocado, tomar atitude diversa, mas preferiu o melhor dos dois mundos – permitiu que seus familiares continuassem com a vida

¹⁴ NAZARIO, Luis. ‘Zona de Interesse’ é uma perfeita ilustração do conceito da “banalidade do mal”. Stan-dwithus. *Aventuras na história*, 2024.

confortável e desacoplada dos horrores cometidos a poucos metros ao mesmo tempo em que aceitou ser alçado à posição de maior importância no regime.

Portanto, o mal retratado em *Zona de Interesse* é o mal banal clássico: indivíduos imbuídos de falsa indiferença, cumpridores de ordens e transformados em seres não pensantes, meros fazedores mecânicos. Höss é o *animal laborans* por excelência.

6. MAUS: O MAL ESCANCARADO

Em segundo plano, analisar-se-á o livro em quadrinhos *Maus - A História de um Sobrevivente*, escrito e desenhado pelo cartunista norte americano Art Spiegelman e publicado em dois volumes entre as décadas de setenta e oitenta (no Brasil a obra foi publicada na década de noventa pela Brasiliense e em volume único pela Cia das Letras). Resumidamente, a obra vencedora do prêmio Pulitzer de 1992 apresenta o longo diálogo entre o próprio autor e seu pai, Vladek Spiegelman, judeu polonês sobrevivente do Holocausto que descreve os horrores experienciados por si dentro e fora dos campos de concentração. Art utiliza de recursos visuais com traços bastante fortes para dar entonação à perseguição nazista aos judeus, visto que o objetivo aqui é contrário ao de *Zona de Interesse*: busca-se o realce, a exposição escrachada do mal em seu sentido mais literal.

Para a consecução de tal fim, a narrativa testemunhal representa os judeus como ratos, os poloneses como porcos, os nazistas como gatos e os americanos como cachorros. Além de facilitar a identificação dos personagens – e, conseqüentemente, da posição que ocupam no desenvolvimentos dos eventos, evidenciando claramente os vilões da história –, essa escolha remete às propagandas nazistas e antisemitas que também retratavam os judeus enquanto ratos, simbolizando seres sujos, invasores e que se multiplicam como uma peste. A ressignificação do rato, de inimigo público a vítima dos fatos, também intenta a verdadeira percepção dos papéis exercidos por cada grupo social durante a Segunda Guerra Mundial.

O perfil burocrático dos agentes traçado e descrito por Arendt é comprovável no livro: “Levaram nós ao pátio principal e formaram filas por ordem alfabética. Isso as alemães fazia muito bem. Sempre fazer tudo muito sistemático...”¹⁵. Entretanto, ao mesmo tempo em que se nota a complementaridade convergente desse perfil àquele mostrado em *Zona de Interesse*, também coexistem discrepâncias. O mal aqui é mais evidente, não apenas por ser pormenorizado pela própria vítima de sua prática, mas também por estar ausente a personalidade *blasé* de Höss nos porcos de Art Spiegelman, despreocupados com as conseqüências de seus atos a tal ponto que a violência tornou-se instrumento válido para a consecução de suas funções. De tal forma, o mecanicismo une-se, em *Maus*, à desinibi-

¹⁵ SPIEGELMAN, Art. *Maus*. São Paulo: Cia das Letras, 2005, p. 61.

ção: “Logo, logo você vai saber alguma coisa, seu judeu gigolô. Aqui não é pra namorar e fofocar. Conte os golpes. Se perder a conta, começo de novo...”¹⁶

A explicitude da narrativa toma proporções ainda maiores quando da descrição dos campos de concentração. Diferentemente de *Zona de Interesse*, em que a porção visível de Auschwitz restringia-se aos muros imponentes e chaminés trabalhando diuturnamente, isto é, uma visão externa, em *Maus* é apresentada uma verdadeira anatomia dos espaços de extermínio. Nos dois primeiros painéis da página 230, a arquitetura é dissecada numa planta que descreve todas as localidades do campo: quarto de despir, sala para derreter dentes de ouro, sala de execução, câmara de gás, elevador de corpos, depósito de carvão, fornos e chaminés. Na página seguinte, painéis 3 e 4, o relato assusta:

A gente separava os corpos com ganchos. Pilhas grandes. Os mais fortes em cima e os velhos e bebês por baixo, esmagados... Crânios quebrados... Os dedos quebravam ao tentar subir pelas paredes... E uns braços ficavam do comprimento do corpo, desencaixados das juntas.¹⁷

Comparativamente, ficam claras as abordagens díspares escolhidas para tratar do Holocausto. Seja pela modalidade implícita ou pela brutalidade, Arendt exprime ambas as perspectivas ao ressaltar a coisificação do judeu (em *Zona de Interesse*, evitável pela família nazista a ponto de quase não ser mostrado durante o filme; em *Maus*, objeto de tortura e genocídio explícito):

Os campos destinam-se não apenas a exterminar pessoas e degradar seres humanos, mas também servem à chocante experiência da eliminação, em condições cientificamente controladas, da própria espontaneidade como expressão da conduta humana e da transformação da personalidade humana numa simples coisa, em algo que nem mesmo os animais são.¹⁸

7. O MAL BANAL EM SEUS DOIS ESTÁGIOS

Levanta-se, baseado no que foi apresentado, a hipótese da existência de dois momentos diferentes da banalidade do mal arendtiana. O primeiro estágio, representado em *Zona de Interesse*. O segundo, em *Maus*. A fim de recapitulação, urge relembrar que os totalitarismos, enquanto Estados verticalizados, desmontam e remontam a ação humana daqueles homens que, por mais que munidos da intrínseca liberdade de ação, subme-

¹⁶ SPIEGELMAN, Art. *Maus*. São Paulo: Cia das Letras, 2005, p. 217.

¹⁷ SPIEGELMAN, Art. *Maus*. São Paulo: Cia das Letras, 2005, p. 231.

¹⁸ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 449.

tem-se ao poderio governamental. Especificamente no que tange ao maquinário nazista, observou-se uma mecanização do mal, praticado por homens banais, isto é, desprovidos das características esperadas de genocidas e torturadores. Indivíduos medíocres que, por portarem em si a cega obediência necessária ao cumprimento de comandos, foram alçados ao patamar de vilões. Exemplifica-se a questão na figura do oficial Höss – um verdadeiro Eichmann do cinema –, que mesmo não tendo demonstrado explicitamente aversão a comunidade judaica no filme, foi diretamente responsável por comandar o extermínio em diversas partes da Alemanha. Em contraponto, a aversão odiosa é constante em *Maus*. As ordens seguem sendo cumpridas, mas sem o fator indiferença: em seu lugar, entram as violências física e verbal enquanto instrumentos de dominação.

Diante desse íterim, propõe-se uma possível explicação para que existam duas facetas tão divergentes do mesmo fenômeno histórico: em determinado ponto da experiência totalitária, o desacoplamento entre o agir e o juízo sobre o agir é de tamanha potencialidade que o entorpecimento é total. O desdobramento multiplicativo da máquina burocrática estatal atinge tal ponto que a atividade pensante encontra-se perdida. Inexiste, no segundo estágio da banalidade do mal, a capacidade formal de reflexão acerca das dimensões éticas e políticas da ação. Ao invés de, como no parágrafo anterior, afirmar que inexiste a indiferença em *Maus*, mais cabível é dizer que ela foi alçada a tamanha potência que até a mais degenerante das violências não desperta mais ponderações sentimentalistas.

É possível traçar, assim, uma linha temporal: num primeiro momento, o Estado totalitário incide sobre os homens anestesiando-os, forçando-os a executar ordens que, de tamanha crueldade, é preferível o distanciamento reflexivo sobre o que há de ser feito sempre que possível. Isso explica os altos muros que separam a casa da família Höss e o campo de concentração, bem como o pai zeloso que Rudolf mostra ser ao ler histórias a seus filhos toda noite antes de dormir. Aqui, os indivíduos já direcionaram a liberdade de ação no sentido de convergir com o sistema, mas a esfera moral ainda se encontra receosa, por isso a visualização do mal enquanto meras ordens que hão de ser cumpridas.

Em sequência, avançando para a segunda fase da banalidade, a situação agrava-se. O “homem de massa” utilizado pelo Estado nazista agora encontra-se isolado, completamente descolado da capacidade humana de ponderação e julgamento, o que permite que a violência seja utilizada de maneira desinibida, considerando a incapacidade de distinguir o certo e o errado.

Hannah Arendt explica esse fenômeno como sendo o “vazio de pensamento”. Para a autora, o não pensar não é natural, mas sim incentivado (no caso em questão, pelos totalitarismos), vez que a natureza humana é, em suas raízes, pensante. Esse exercício de construção do homem não pensante pelo sistema se dá pela retirada de seu senso comum (capacidade do indivíduo de se relacionar com a realidade do mundo em que ele vive, julgando a ela e a si mesmo), com a emergência do individualismo forçado, que despreza

a ideia de interdependência entre os homens (possibilitando, assim, o ódio interpessoal). Como explica Nádía Souki, em sua dissertação de mestrado:

O homem isolado na massa, privado do sentido do real por causa desse isolamento, não tem mais a medida para julgar um discurso; no interior do movimento totalitário, as palavras do Chefe não podem ser desmentidas pela realidade. Em suma, o objetivo do movimento totalitário é eliminar a capacidade de distinguir a verdade da falsidade, a realidade da ficção, ou seja, abolir a capacidade de sentir em comum e pensar por si mesmo.¹⁹

Para além da supressão do senso comum, outra estratégia totalitarista utilizada para alcançar este segundo estágio da banalidade do mal trata-se de embutir em seus homens a ideologia do movimento: a necessária marcha constante. Quer dizer, a pressa é erigida a característica fundamental para o exercício das funções no sistema. O homem nesse estado de fluxo contínuo torna-se mais propenso a utilizar a coação violenta como instrumento de rápida reação contrária e dispõe de menos tempo para a reflexão, por conta da ocupação contínua. É por causa da ideologia do movimento que os soldados retratados em *Maus* apressam constantemente os prisioneiros dos campos de concentração a realizarem quaisquer que sejam os ditames da vez, sob pena de bestialidade e brutalidade físicas.

Uma comunidade de tal forma alienada, incapaz de transformar o pensar em julgar (reflexão sobre o significado das coisas) e em fluxo contínuo no exercício de suas funções é uma comunidade imbuída no “vazio de pensamento”, que faz dos indivíduos adeptos ao conformismo perene. De tal forma se apresentam os gatos nazistas de Maus, profundamente mais emaranhados na sistemática do mal banal quando comparados ao comandante Höss, de *Zona de Interesse*. Nesse diapasão, o homem esquivo e burocrático do primeiro estágio do mal banal é aprimorado para uma versão mais apressada e violenta na segunda fase; sendo ponto de convergência o direcionamento guiado da liberdade de ação humana, capaz de degenerar e ausentar as positivities primeiras, destruindo-as e constituindo a negatividade. Como aduz Arendt: “O mal não tem estatuto ontológico: ele consiste em uma ausência, um algo que não é”.²⁰

CONCLUSÃO

Como visto no presente artigo, os estudos acerca das origens do mal inquietam pensadores há séculos. Immanuel Kant apresentou a primeira teoria responsável por afastar o âmbito religioso de tal desígnio, com a emergência do fenômeno do mal radical.

¹⁹ SOUKI, Nádía. *Hannah Arendt e a banalidade do mal*. Belo Horizonte: UFMG, 1998, p. 139.

²⁰ ARENDT, H. *A vida do espírito*. Tradução de Cesar Augusto de Almeida, Antônio Abranches, Helena Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 134.

Apesar de refutar Kant em determinados pontos, Hannah Arendt converge com o filósofo no que tange ao papel da liberdade inerente ao agir humano na configuração do mal. Dentre os corolários dessa afirmação, destaca-se a inafastabilidade da culpabilização individual: por mais bem estruturado que se apresente determinado sistema de coação, o homem ainda estará munido do poder de escolha.

Arendt situa seus estudos num contexto sócio-histórico bastante delimitado, qual seja o nazismo alemão. Nele, o já citado sistema de coação utilizou-se do direito e da legalidade para incitar o cumprimento de ordens por parte de seus oficiais, em sua maior parte homens desprovidos da malignidade esperada de dirigentes totalitaristas. A filósofa, ao acompanhar o julgamento de Adolf Eichmann, encontrou no banco dos réus um homem qualquer, ordinário por natureza e dissociado de ideais perversos. A emergência dessa nova modalidade de mal, o mal banal, fez Arendt chegar a determinadas conclusões acerca do modo com que o alto comando dos totalitarismos consegue convencer e recrutar indivíduos medíocres para serem operadores de ordens pautadas na eugenia genocida. Destacam-se a supressão do senso comum e a internalização da ideologia do movimento, que sugam a capacidade reflexiva e transformam indivíduos pensantes em meros cumpridores de ordens.

Além de destrinchar os estudos supracitados, o artigo também propôs a divisão do fenômeno do mal banal em dois diferentes estágios, baseando-se nas obras *Zona de Interesse* e *Maus*. Enquanto aquela retrata oficiais burocráticos, interessados apenas em cumprir as diretrizes esperadas de modo esquivo; essa apresenta funcionários imbuídos do espírito do mal por excelência, utilizando-se de hostilidade e violência antissemitas no desempenho de seus cargos. Sugere-se que o processo de mecanização do mal, com o descolamento entre o fazer e o juízo sobre o fazer, é o que torna possível a ascendência da gravidade do problema, de modo a fomentar a total indiferença por parte dos oficiais. A consequência disso é a normalização de atos hediondos dentro de uma complexa rede de poder, na qual o respeito às ordens subjuga a capacidade individual de reflexão crítica. Assim se configura o desenvolvimento do mal banal arendtiano, perigo para o ideal de direito enquanto instrumento de positivação do correto.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARENDT, H. *A vida do espírito*. Tradução de Cesar Augusto de Almeida, Antônio Abranches, Helena Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. *Algumas questões de filosofia moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ANDRADE, Marcelo. A banalidade do mal e as possibilidades da educação moral: contribuições arendtianas. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 43, p. 109-125, jan./abr. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbedu/a/ByLpxkpQTJk4LGSR4SgHhVr/?lang=pt#>. Acesso em: 27 abr. 2024.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

CORREIA, Adriano. Arendt e Kant: banalidade do mal e mal radical. *Argumentos*, Fortaleza, n. 9, p. 75, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/23746>. Acesso em: 10 abr. 2024.

CORREIA, Adriano. Crime e responsabilidade: a reflexão de Hannah Arendt sobre o direito e a dominação totalitária. In: DUARTE, André et al. (Org.). *A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

GIACIOIA, JR, Oswaldo. Reflexões sobre a noção de mal radical. *Studia Kantiana*, v. 1, p. 183, 1998. Disponível em: <http://www.sociedadekant.org/studiakantiana/index.php/sk/article/view/8>. Acesso em: 03 abr. 2024.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Seleção de textos Marilena de Souza Chauí; trad. Paulo Quintela, Tania Maria Bernkopf, Rubens Rodrigues Filho. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

KANT, Immanuel. *A religião dentro dos limites da simples razão (1ª parte)*. Trad. Tânia M. Bernkopf. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os Pensadores).

NAZARIO, Luis. 'Zona de Interesse' é uma perfeita ilustração do conceito da "banalidade do mal". Standwithus. *Aventuras na história*, 2024.

SPIEGELMAN, Art. *Maus*. São Paulo: Cia das Letras, 2005.

SOUKI, Nádía. *Hannah Arendt e a banalidade do mal*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

ZONA de interesse. Direção: Jonathan Glazer. Reino Unido: A24, 2023. 1 filme (105 min).

**ANTROPOLOGIA
JURÍDICA E
SOCIOLOGIA DO
DIREITO**

O PROBLEMA DA CIÊNCIA NO DIREITO: UM OLHAR A PARTIR DA CRÍTICA MARXISTA À SOCIOLOGIA DO CONHECIMENTO NA PESQUISA JURÍDICA JUSPOSITIVISTA

Gustavo de Oliveira Correa

RESUMO

O artigo tem por objeto as Ciências Jurídicas, mais especificamente o problema do fazer ciência e da verdade na pesquisa jurídica de cunho juspositivistas. Utilizando-se de um agrupamento para categorizar os campos de pensadores e teorias do Direito que não apenas cultuam a norma, mas são conservacionistas da ordem posta. Para tal, utiliza-se da crítica da sociologia do conhecimento na obra de Lowy e das reflexões acerca da ciência em Marx de Daniel Bensaid e John Bellamy Foster. Com base nisso propõe-se que a produção amparada nos pressupostos de neutralidade axiológica, autossuficiência do sistema e universalidade do Direito não é ciência, mas sim meramente Direito e que, portanto, o fazer ciência no Direito precisa amparar-se em aspectos sociológicos, históricos e/ou naturais para escapar da mera auto referência.

PALAVRAS-CHAVE: Ciências Jurídicas; Crítica Marxista ao Direito; Marxismo; Ciência; Sociologia do Conhecimento.

ABSTRACT

The subject of this article is the legal sciences, more specifically the problem of doing science and truth in juspositivist legal research. It uses a grouping to categorize the fields of legal thinkers and theories that not only worship the norm, but are conservationists of the established order. To do this, he uses the critique of the sociology of knowledge in the work of Lowy and the reflections on science in Marx by Daniel Bensaid and John Bellamy Foster. On this basis, it is proposed that production based on the assumptions of axiological neutrality, the self-sufficiency of the system and the universality of law is not science, but merely law and that, therefore, doing science in law needs to be based on sociological, historical and/or natural aspects in order to escape mere self-reference.

KEYWORDS: Legal Sciences; Marxist Critique of Law; Marxism Science; Sociology of Knowledge.

INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado durante as aulas da disciplina obrigatória de seminários metodológicos da linha 3 de pesquisa da Universidade Federal de Minas Gerais do curso de Direito, ministradas pelo Professor Gustavo Seferian.

Contudo, seria de uma imensa pequenez colocar como uma reflexão que nasceu durante esses últimos meses. Dialogando com as próprias discussões que serão trazidas no decorrer do trabalho, o conhecimento situado do autor¹ e seu interesse no desenvolvimento de uma pesquisa militante são parte integrante da ciência que pretende fazer. Portanto, não é meramente trivial expor que o autor desenvolveu sua graduação entre os anos de 2017 e 2022 na Universidade Federal do Paraná (UFPR), atuando durante todo esse tempo no movimento estudantil de cunho anticapitalista e em movimentos urbanos. Também é de suma importância lembrar que esse período abrange as lutas contra o governo golpista de Michel Temer e o protofascista de Jair Bolsonaro, fator central para o desenvolvimento político-teórico do autor.

Cabe salientar que muito mais do que ideias internas e criativas da cabeça do autor, os debates aqui presentes são fruto de reflexões coletivas especialmente no seio do movimento estudantil organizado na UFPR por meio do coletivo local chamado PAR² e da Oposição de Esquerda da Federação Nacional de Estudantes de Direito (FENED)³, nos quais o pensar sobre o ensino jurídico e o papel da universidade eram centrais para a atuação política.

Além de também terem sido inspiradas pelas próprias discussões coletivas da disciplina mencionada. Isso também não faz com que sejam meras descrições, mas sim sínteses desses processos coletivos por meio de uma ótica específica, expressando lugar de classe e marcada por posicionamento político.

Nos parece oportuno lembrar que o que será colocado nas próximas páginas de forma alguma é um ataque a pessoas e mesmo formas específicas de pesquisa que se alastram pelos programas de graduação e pós-graduação ao redor do país. Mas sim um questionamento profundo do lugar da ciência no Direito e, mais importante, do lugar da Ciência Jurídica como ciência.

¹ HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. *Cadernos Pagu*, v.5. p. 7-41, 1995.

² Partido Acadêmico Renovador: é um coletivo horizontal que organiza estudantes de esquerda no curso de Direito da UFPR.

³ Composta por numerosas organizações, centros acadêmicos e militantes independentes por todo Brasil, tendo nossa principal atuação entre os anos de 2017 e 2018 contra a instrumentalização e enfraquecimento da Federação Nacional dos Estudantes de Direito.

Intentamos, no decorrer deste texto, abordar o nosso objeto de estudo, as Ciências Jurídicas, sob uma ótica marxista inspirada principalmente pelos textos acerca da ciência e da sociologia do conhecimento elaborados por Michael Lowy, Daniel Bensaid e John Bellamy Foster. Ainda que de longe não seja algo novo o questionamento acerca da Ciência Jurídica enquanto ciência, acreditamos que a originalidade está na mobilização da bibliografia e na proposta de uma crítica marxista à pesquisa jurídica de forma propositiva.

Para tal passaremos por uma breve exposição acerca da própria ciência, posteriormente abordaremos os principais marcos da pesquisa jurídica no Brasil e por fim fecharemos com uma crítica marxista à ciência jurídica, ousando também fazer proposições sobre aspectos do fazer ciência sobre o Direito, utilizando-se das principais referências do marxismo libertário e revolucionário. Intentando, desta forma, demonstrar a impossibilidade da Ciência Jurídica sob a ótica juspositivista, propondo assim a necessidade de amparar-se em outros objetos com olhares historicistas, sociológicos e materialistas do Direito.

1. AINDA DEVEMOS FALAR EM CIÊNCIA?

Hoje, já há muito superado (ou ao menos deveria) o paradigma popperiano⁴ na filosofia da ciência, conseguimos olhar para a questão com olhos mais abertos para a relação intrínseca entre o fazer ciência, o lugar de cientista e as relações sociais que nos cercam. Mesmo de um ponto de vista menos preocupado com os aspectos sociais, entende hoje que fazer ciência passa pelas especificidades de cada objeto e não pode ser universalizada com determinações próprias das ciências naturais, como a falseabilidade, por si só.

Infelizmente, cada vez mais o falar sobre a ciência é colocado em uma triste dicotomia: de um lado seus detratores que se apoderam de seu bom nome na sociedade para, por meio de pseudociência, angariar multidões para seus sórdidos fins. E de outro lado os cientistas que, ainda que possam estar muito bem intencionados, acabam por limitarem-se à ciência em sua forma parcelada e positivista ao defendê-la dos ataques. A fim de sanar esses campos melancólicos, gostaria de iniciar nosso ensaio com uma rápida defesa da ciência feita por Carl Sagan⁵:

O modo científico de pensar é ao mesmo tempo imaginativo e disciplinado. Isso é fundamental para o seu sucesso. A ciência nos convida a acolher os fatos, mesmo

⁴ Cabe ressaltar que as definições de Popper estão longe de serem infrutíferas mesmo nos tempos atuais, especialmente o princípio da falseabilidade é útil para estabelecermos critérios de rigor nas ciências naturais e também para desmentir setores que se apoiam em pseudociência para projetos políticos. Aqui nos referimos especialmente ao ar de generalidade e incontestes que a teoria popperiana ganhou no final do século XX, sendo utilizada para “descientificar” as Ciências Humanas, bem como sua permanência no campo positivista.

⁵ SAGAN, Carl. *O mundo assombrado por demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 28.

quando eles não se ajustam às nossas pré-concepções. Aconselha-nos a guardar hipóteses alternativas em nossas mentes, para ver qual se adapta melhor à realidade. Impõe-nos um equilíbrio delicado entre uma abertura sem barreiras para idéias novas, por mais heréticas que sejam, e o exame cético mais rigoroso de tudo – das novas idéias e do conhecimento estabelecido[...] Os seres humanos podem ansiar pela certeza absoluta; podem aspirar a alcançá-la; podem fingir, como fazem os partidários de certas religiões, que a atingiram. Mas a história da ciência – de longe o mais bem-sucedido conhecimento acessível aos humanos – ensina que o máximo que podemos esperar é um aperfeiçoamento sucessivo de nosso entendimento, um aprendizado por meio de nossos erros, uma abordagem assintótica do Universo, mas com a condição de que a certeza absoluta sempre nos escapará.

Podemos entender que ciência nada mais é do que a melhor forma possível, conhecida no conjunto de conhecimentos e práticas acumulados em determinado momento histórico, de descrever e (tentar) entender o funcionamento de um fenômeno. Portanto, entendemos tratar-se sempre de um modo de pensar, de uma aspiração, mais do que qualquer outra coisa, na busca do conhecimento do que nos cerca. Por exemplo, tentar aplicar os mesmos métodos em uma observação de colisão em um acelerador de partículas e em uma escavação arqueológica não é fazer uma ciência mais rigorosa, mas sim menos. Ainda que saibamos que os métodos da física, por exemplo, nos permitirão em média respostas mais próximas da realidade objetiva do que os métodos das ciências históricas, pelo próprio objeto com o qual estamos lidando. Isso porque a ciência não é um método sagrado de descrição perfeita da realidade, mas sim um conjunto de acúmulos e escolhas.

Mesmo autores que se ocuparam em tentar superar o debate acerca da ciência esbarraram em contradições intransponíveis. Por exemplo, Alan Chalmers autor do importante livro “O que é ciência afinal?”⁶ tenta sintetizar aspectos que ele considera relativistas (especialmente em sua flexibilidade de lidar com os diferentes campos do conhecimento, ou seja, não criar leis gerais do conhecimento) e objetivistas ao assumir que existem permanências no fazer ciência que são extra-individuais e históricos.

Veremos mais adiante que os marxistas dão respostas bem mais interessantes, contudo essa breve síntese do que é ciência já nos acende algumas questões essenciais. Por exemplo, se a ciência é a descrição e compreensão de características e processos de um determinado objeto, sua definição denota uma necessária existência de um sujeito e um objeto para o fazer ciência. Ora, sem um objeto a ser descrito de nada importa a observação e sem o observador o objeto não será descrito.

Isso não é uma visão meramente teleológica, mas acerca da própria essência do que é ciência, que denota essa separação para que exista. Mesmo quando o sujeito e o objeto se confundem, como no caso das autoetnografias, essa separação precisa ocorrer

⁶ CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 195-201.

a fim de se produzir algo externo que não seja nem sujeito, nem objeto, e sim algo que possamos chamar de ciência. Se o produto dessa interação sujeito e objeto não for exterior a eles serão eles mesmos e não algo exterior.

Ainda que, obviamente, seja necessário entender que essa separação não é estanque, pelo contrário, ela é sempre uma relação dialética entre sujeito e objeto, no caso de uma análise da sociedade e/ou da natureza, da parte pelo todo. Inclusive pode gerar efeitos diretos nos próprios métodos utilizados, por exemplo, na mecânica quântica descobrimos que a mera observação gera efeitos no próprio fenômeno. Da mesma forma podemos observar variações a partir de como um entrevistador conduz uma entrevista em uma pesquisa na área da psicologia.

Em seu livro “Marx, o intempestivo”, Daniel Bensaid⁷ nos brinda com um capítulo específico sobre a importância da ciência em Marx, separando em duas principais fontes: a ciência alemã e a ciência inglesa. De acordo com o autor, da alemã ele traz o seu lugar filosófico, a forma de entender as “relações internas” de um fenômeno escapando de sua visão meramente fenomenológica. Já do “canto metálico” da ciência inglesa vem seu ímpeto e admiração pelo fazer ciência enquanto algo colocado no mundo objetivo, na visão de Bensaid inclusive flertando com as perspectivas positivistas, utilizando-se da ideia de “leis”⁸ comuns na Economia Política anglófona.

Porém nos parece ainda mais potente sua conclusão, de que Marx de fato possui suas contradições entre a ciência alemã e a inglesa, mas mais do que isso, que ele elabora inclusive a sua própria síntese, na qual estão presentes tanto os aspectos da observação objetiva da realidade, quanto o “descobrir” do que não é visto pelo mero empirismo. Como ressaltado por Bensaid, não por acaso, ao falar de cientificidade, Marx com frequência utilizava-se de pares como “superfície e profundidade”, “ilusão e realidade”, “fragmentos e estruturas”, etc. A própria ciência em Marx está sujeita a sua dimensão de totalidade e à linguagem dialética, bem como sua historicidade, como pode ser facilmente observado em seus estudos sobre Liebig⁹.

Ao nosso ver, Michael Lowy, em sua obra, consegue ampliar com grande habilidade o entendimento sobre fazer ciência pelos marxistas. Antes de mais nada é necessário situar que, para Lowy, existem visões sociais de mundo que são “todos aqueles conjuntos estruturados de valores, representações, ideias e orientações cognitivas. Conjuntos esses unificados por uma perspectiva determinada, por um ponto de vista social de classes determinadas”¹⁰.

⁷ BENSARD, Daniel. *Marx, o intempestivo*: grandezas e misérias de uma aventura crítica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 283-330.

⁸ Ainda que “Leis” em Marx significava “tendências” e não uma verdade irredutível.

⁹ FOSTER, John Bellamy. *A ecologia em Marx*: materialismo e natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

¹⁰ LOWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social*: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 2010, p. 13.

Contudo, essas visões sociais de mundo diferenciam-se de forma vetorial a partir da luta pela manutenção ou transformação da realidade concreta e das relações sociais. As *ideológicas* são as que almejam a defesa do *status quo*, na qual concentram-se um conjunto de verdades, práticas e conhecimentos que se estruturam para conservar o sistema e seus poderosos. Já as *utópicas* são as provenientes dos oprimidos, dos de baixo, são as visões com capacidade de imaginar um mundo ainda não existente, de pensar um novo, transformadoras.

Sob essa égide, Lowy utiliza-se da metáfora da “alegoria do mirante”¹¹ para propor que, em um determinado momento histórico, existem visões sociais de mundo com mais ou menos capacidade de ver o todo. A alegoria propõe-se imaginar uma baía, com uma grande escarpa. Nessa escarpa, existem vários mirantes em alturas diferentes. De todos os mirantes se vê as mesmas ondas, os mesmos barcos, as mesmas movimentações da maré, em outras palavras a realidade observada é a mesma. Contudo, quanto mais alto o mirante, o horizonte se abre, é possível ver melhor o desenho da praia, as correntes marítimas etc. Ou seja, os mirantes mais altos são mais atravessados pela dimensão da totalidade, própria do marxismo. Na alegoria do mirante, as visões sociais de mundo utópicas equivalem aos mirantes mais altos, mais capazes de apreenderem a realidade observada e as ideológicas as mais baixas.

Em outra monografia¹², nos brinda com uma importante contribuição sobre o lugar do intelectual, aqui frisado, o do cientista. Não apenas colocando o lugar da determinação econômica – aqui sendo descrita pelo lugar de classe e não interesses individuais – como também a *autonomia relativa* da esfera ideológica, consequentemente, dos cientistas.

Isso se faz importante quando entendemos que mesmo em um mundo capitalista no qual a ciência é engolida pelo processo de valorização e de produção da mercadoria¹³ transformando-se em última análise na ciência do patrão¹⁴, ela ainda goza de uma certa mobilidade, tornando o agir dos cientistas e dos militantes em contato com o saber científico cruciais. Por exemplo, John Bellamy Foster em seus escritos demonstra o quanto foi importante para o desenvolvimento da Ecologia Marxista e do ecosocialismo identificar com rapidez a importância da categoria do Antropoceno para a luta contra o capitalismo¹⁵, propondo inclusive que historicamente a ciência esteve já em outro lugar em relação às

¹¹ LOWY Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen*: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. São Paulo: Cortez, 2000.

¹² LOWY, Michael. *A evolução política de Lukács*: 1909-1929. São Paulo: Cortez Editora, 1998, p. 20-21.

¹³ MARX, Karl. Forças Naturais, Ciência e Humanidade (1861-1863). In: *História, Natureza, Trabalho e Educação*. Karl Marx, Friedrich Engels; Gaudêncio Frigotto, Maria Ciavatta e Roseli Salete Caidart (orgs.) São Paulo: Expressão Popular, 2020, p. 353-356.

¹⁴ Tal qual outras engenharias de máquinas “do patrão” que Marx explora neste texto.

¹⁵ FOSTER, John Bellamy. *Marxismo e Ecologia: fontes comuns de uma Grande Transição. Lutas Sociais*, São Paulo, v. 19, n. 35, p. 80-97, jul./dez. 2015, p. 90.

classes despossuídas¹⁶, podendo desta forma ser recolocada dentro das disputas, torções e fissuras do sistema capitalista para ser do “povo”.

2. É POSSÍVEL FAZER CIÊNCIA JURÍDICA?

Se por um lado a pesquisa jurídica é apontada como frágil e desprovida dos elementos básicos que os próprios sacerdotes da ciência burguesa produtivista propagam, não seguindo nem mesmo as estruturas básicas de uma pesquisa científica¹⁷¹⁸, do lado da crítica da sociologia do conhecimento se faz necessária uma análise muito mais profunda: é possível fazer ciência a partir dos padrões estabelecidos pelo próprio campo jurídico?

Antes de mais nada é importante colocarmos de que padrões são esses. Ainda que exista um grande conjunto de interpretações, linhas e teorias acerca do fenômeno jurídico, é inegável que existe uma linha predominante que, ainda que dividida entre várias escolas, adotam algumas premissas essenciais para a manutenção do Direito enquanto relação social e seu véu de neutralidade.

Neste breve artigo, ainda com reflexões iniciais sobre o tema, emprestaremos a separação proposta por Alysson Mascaro em seu curso de Filosofia do Direito¹⁹ em 3 campos de interpretação jurídicas, que podem ser sintetizados da seguinte forma:

Perspectiva/Campo	É crítica?	É transformadora?
Perspectiva Juspositivista/Campo da legitimação	Não é crítica, é formalista, liberal, meramente conservacionista	Não, é conservadora
Perspectiva Jusfilosófica/Campo não formalista	É crítica a mera formalidade do direito, seja pela perspectiva existencialista seja pelo desnudar das relações de poder (como as perspectivas da microfísica do poder)	Não é marxista, mas além disso não tem um horizonte de transformação histórico para o fim do Direito
Perspectiva Crítica/Campo Marxista	É crítica, não apenas à formalidade, ao poder, mas ao lugar de classe	Propõe a transformação e consequentemente o fim do direito

¹⁶ FOSTER, John Bellamy. *The Return of Nature Socialism and Ecology*. Nova York: *Monthly Review Press*, 2020, p. 458.

¹⁷ MACIEL-LIMA, S. et al. A pesquisa jurídica em questão: um estudo de revisão sistemática. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [S. l.], v. 8, p. 1–26, 2021.

¹⁸ No artigo citado é feita uma revisão sistemática da pesquisa no campo jurídico e são identificados problemas como resumos sem objetivo definido em 37% dos artigos e mais de 60% dos artigos sem caracterização de método e nem resultados/conclusões nítidas.

¹⁹ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 277-283.

Ressaltamos que não consideramos essa caracterização um primor de cientificidade e nem mesmo a mais adequada. Contudo, preliminarmente acreditamos ser necessário fazer uma separação mínima que consiga diferenciar as teorias por sua relação com a normatividade e com a política. Para tal esse agrupamento nos serve momentaneamente, ainda que ignore algumas separações cruciais dentro das teorias que coadunam com o *status quo*, por exemplo, o crescimento de perspectivas religiosas conservadoras baseadas no jusnaturalismo dentro da extrema direita global e brasileira.

Dentro dessa separação, estaremos direcionando a crítica especificamente ao primeiro campo, já que apesar de sua imensa variedade possui aspectos comuns que tentaremos explorar, são eles: a neutralidade axiológica, a sua autossuficiência enquanto sistema isolado²⁰ e a universalidade do fenômeno jurídico.

A neutralidade axiológica é a ideologia de que os pressupostos que orientam o Direito não são marcados por uma posição política, histórica e de classe. Pelo contrário, de que é, por ser Direito, necessariamente baseado em pressupostos que são neutros ou que são gerais da sociedade tutelada pelo Direito. Essa perspectiva demanda não apenas uma inocência invejável, como denota uma moral universal, compartilhada por todos os sujeitos imersos no “contrato social” daquela sociedade.

A autossuficiência é marcada pela defesa de que o Direito possui em si mesmo, através da hermenêutica e de suas fontes – doutrina, jurisprudência, normativas etc. – todos os elementos necessários para a análise e operação do mesmo. Mais do que isso, que outros sistemas “poluem” o pensar jurídico quando ousam adentrar as cercas do terreno do Direito.

Por fim, a universalidade do Direito. Crucial para que seja impedido um pensar das relações sociais por fora dele. Ora, se o Direito sempre existiu e sempre existirá, como algo intrínseco ao humano em sociedade, em todos os lugares e povos, como pode existir algo fora dele? Isso pode ser muito observado no tratamento dos povos originários e da natureza por exemplo, tudo deve ser tutelado pelo Direito, conseqüentemente engolido pela sede insaciável das formas sociais que o engendram.

A hermenêutica jurídica amparada nesses alicerces cria um enorme problema no fazer ciência. Sabemos que a doutrina e a jurisprudência são não apenas fontes de Direito, como o próprio Direito em si. Isso faz com que, pesquisas sob estes baluartes sejam não apenas completamente autorreferenciadas (o que cria um problema metodológico sério), mas também faz com que a pesquisa, ou seja, a produção de ciência, seja por si só o objeto da descrição.

²⁰ Aqui com “sistema isolado” faço uma analogia com as ciências naturais, na qual um sistema fechado é o que não realiza trocas materiais e energéticas com o meio em que se encontra, não necessariamente utilizo uma definição específica como a de Niklas Luhmann, que exigiria todo um conjunto de outros pressupostos.

Ou seja, o mero produzir de discursos e descrições sobre o fenômeno jurídico a partir do ponto de vista conservacionista, ou juspositivista, do Direito acaba com a relação sujeito e objeto descrita anteriormente como necessária para o se fazer ciência. Não está se fazendo ciência, está produzindo Direito.

Isso fica ainda mais nítido quando analisamos pessoas e cargos de grande prestígio dentro do terreno do Direito. Por exemplo, um juiz de um grande tribunal, ou um operador do Direito reconhecido como renomado doutrinador, ao produzir qualquer coisa sobre o Direito apenas amparada pelo próprio terreno do Direito, produz doutrina (ou até jurisprudência no caso do juiz). Logo, diferentemente da ciência, não existe descrição, mas sim produção do objeto, a sua proximidade com o real não é por ser mais rigorosa e com métodos mais adequados capazes de descrever melhor e explicar relações internas, mas sim produzindo sua própria verdade, ao ser Direito.

Desta forma, questionamos: é possível fazer Ciência Jurídica? Se entendermos o Direito enquanto uma relação social passível de ser descrita e entendida da melhor forma possível dentro dos conhecimentos socialmente acumulados, com certeza. Contudo, não nos parece que é o que é feito em sua imensa maioria ao adotar-se os pressupostos da perspectiva juspositivista. Ao permitir-se falar do Direito de forma apartada dos outros aspectos sociais e materiais, não está descrevendo em nenhum nível a relação social, mas sim fazendo Direito, é uma mera reprodução ou produção de doutrina, que por si só é Direito (ainda que menos reconhecida socialmente).

Poderíamos, tentando defender a visão juspositivista, dizer que isso faz da Ciência Jurídica um pensar autônomo por si só e que mesmo que não fosse ciência seria algo com o mesmo valor. Ou até mesmo pensar numa linha argumentativa que se estruturasse na defesa de que as especificidades do próprio objeto, o Direito, criasse essa impossibilidade de fazer ciência.

Contudo, é possível fazer ciência sobre o objeto desde que não tome para si os pressupostos juspositivistas, sem cair na autorreferência ou no “princípio do Barão de Munchhausen”²¹. Da mesma forma, é necessário entender que o Direito, ainda que com implicações materiais brutais, é por si só um dever ser, que não o é, já que se o fosse não seria “dever ser”, mas sim o “ser” propriamente dito. Esta compreensão é crucial para não coisificarmos o Direito, caindo em conclusões filosóficas muito pouco proveitosas.

²¹ LOWY Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. São Paulo: Cortez, 2000, p.99. Nesta monografia Lowy explica que o Barão de Munchhausen é um personagem do folclore alemão, que possui diversos contos extraordinários. A história utilizada neste contexto é a de que uma vez com seu cavalo, o Barão cai em uma areia movediça, mas consegue com força nunca antes vista livrar-se puxando os próprios cabelos e conseguindo desta forma fugir da morte certa.

CONCLUSÃO OU COMO FAZER CIÊNCIA NO TERRENO DO DIREITO?

Sabemos que o exposto no último título gera desconforto. Em maior ou menor grau, os cursos de Direito – especialmente em universidades privadas, mas mesmo em públicas – utilizam-se do espaço destinado às disciplinas propedêuticas como um grande palanque das perspectivas juspositivistas do Direito. Além disso, são consideradas com maior rigor científico e, conseqüentemente, como mais adequadas, as pesquisas que buscam, de um meio ou de outro, essa pretensa neutralidade axiológica e que valorizam o sistema isolado auto suficiente, bem como a universalidade reina no campo da reflexão histórica da juridicidade.

Ironicamente, nos parece que a forma de fazer ciência no terreno do Direito é exatamente abandonar esses princípios e utilizar-se de métodos de outras ciências²², para amparar nas perspectivas históricas, sociológicas e até mesmo das ciências naturais, a ciência jurídica. Explicamos: se a ciência acerca do Direito é impossível sob os alicerces do juspositivismo ao acabar com a separação sujeito e objeto, a forma de superar isso é utilizar-se de aspectos exteriores ao Direito, ainda que em relação com ele, para que possamos ter uma descrição que não seja meramente Direito, mas sim uma descrição dele enquanto fenômeno imerso em todo um outro conjunto de relações sociais e naturais.

Dessa forma, ainda que o autor se filie a tradição marxista – a qual consideramos ser a com maior capacidade não apenas de descrição do fenômeno jurídico, mas de sua transformação –, esse trabalho não pretende ser uma ode ao marxismo como a única forma de fazer ciência acerca do Direito, pelo contrário. Intentamos elevar da mesma forma as teorias críticas que, ainda que sob outra ótica, princípio e métodos, se amparam em outros aspectos que não apenas o Direito de forma auto referenciada para fazer ciência.

Acreditamos que mesmo linhas que muitas vezes se colocam em choque frontal com o marxismo, como leituras “pós-modernas” e “pós-estruturalistas” conseguem à sua forma superar o problema da separação sujeito e objeto no Direito. Também se enquadram nesse grupo perspectivas historicistas e sociológicas que colocam o fenômeno jurídico no seio de um conjunto de outras relações. Isso sem contar outras linhas não marxistas que se amparam propriamente em alicerces revolucionários e classistas, como os anarquistas.

Isso não apaga que, ao nosso ver, a pesquisa jurídica amparada na crítica marxista ao Direito e no reconhecimento da própria visão social de mundo ancorada na classe e nas categorias sociais que a atravessam seja a forma mais adequada de fazer ciência acerca do fenômeno jurídico.

²² Aqui com o cuidado de deixar nítido a defesa de uma ciência não parcelar, não instrumental e politécnica nos moldes marxistas, essa colocação de ciências é apenas entendendo o momento atual de sua parcelaridade.

Como Ricardo Prestes Pazello defende em sua tese, o marxista no Direito precisa, para não se perder nas formas ideológicas do pensar o fenômeno jurídico, se armar das ferramentas da crítica marxista:

O direito não pode ser profundamente compreendido se tomado por uma pesquisa que desconsidere a totalidade concreta na qual se insere, a historicidade categorial que representa e, sob uma linguagem dialética, o movimento que desenvolve entre a aparência do fenômeno e sua essência. Portanto, totalidade, historicidade, essencialidade e dialética representam o cerne do método cujo ponto de vista adotamos [...] nenhuma ideia ou conceito, instituição ou estrutura, é passível de apreensão a não ser pela ação humana, vista como conjunto de relações e, para que isto ocorra, é preciso ter em mente a categoria trabalho”²³

Como aponta Lowy, às classes oprimidas está reservado no capitalismo “o ponto de vista de maior universalidade, da máxima universalidade”. O ponto de vista que é iluminado pela categoria da totalidade”²⁴, portanto, as visões utópicas do Direito são as que conseguem ter a maior apreensão possível desse fenômeno, dessa relação social.

E o que seriam essas visões utópicas? As que não apenas almejam desnudar o Direito de seu véu ideológico, mas também de imaginar uma “realidade ainda não existente”, um mundo no qual a interação entre pessoas e com a natureza não seja mediada pelo Direito capitalista. As iniciativas que tenham a criatividade e a potência transformadora próprias das verdadeiras utopias. Portanto, o fazer ciência do Direito para os marxistas deve, não apenas amparar-se no que já é a cientificidade do marxismo²⁵, mas também no seu aspecto utópico, transformador e imaginador de realidades ainda não pensadas. Assim como é importante historicizar o Direito como um fenômeno que não se manifesta dessa forma geral como no capitalismo, também devemos ter a capacidade de historicizá-lo para o futuro, entendendo que ele pode ser quebrado, tal qual as outras máquinas burguesas.

Por óbvio, o presente artigo deve possuir diversas lacunas, ainda é um trabalho inicial. Exatamente por entender a complexidade do debate que escolhemos testar hipóteses com um artigo mais amplo e inicial que permitisse uma aproximação entre a crítica à sociologia do conhecimento e a pesquisa jurídica. Entendemos que um trabalho mais de fôlego, com um aprofundamento especificamente nos conceitos presentes internamente

²³ PAZELLO, Ricardo Prestes. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. Tese (doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2014, p. 130-138.

²⁴ LOWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social: elementos para uma análise marxista*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 121.

²⁵ Ainda que, como bem demonstra Bensaid, o marxismo é tão ciência quanto arte e não deve ser rebaixado a uma mera forma de descrição da realidade como tentaram seus aprisionadores stalinistas e positivistas.

dentro da perspectiva juspositivista atual seria de grande valor. Da mesma forma, perspectivas críticas e até mesmo classistas que questionam não apenas a ciência burguesa, mas a própria cientificidade em si é necessária para um trabalho com maior estofo teórico e que consiga defender-se das críticas. Por fim, acreditamos que um trabalho futuro deveria entrar nos pormenores da relação entre ideologia, ciência e Direito.

REFERÊNCIAS

BENSAID, Daniel. *Marx, o intempestivo: grandezas e misérias de uma aventura crítica*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* São Paulo: Brasiliense, 1993.

FOSTER, John Bellamy. *A ecologia em Marx: materialismo e natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

FOSTER, John Bellamy. Marxismo e Ecologia: fontes comuns de uma Grande Transição. *Lutas Sociais*, São Paulo, v. 19, n. 35, p. 80-97, jul./dez. 2015.

FOSTER, John Bellamy. *The Return of Nature: Socialism and Ecology*. Nova York: Monthly Review Press, 2020.

HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. *Cadernos Pagu*, v. 5, p. 7-41, 1995.

LOWY, Michael. *A evolução política de Lukács: 1909-1929*. São Paulo: Cortez Editora, 1998.

LOWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social: elementos para uma análise marxista*. São Paulo: Cortez, 2010.

LOWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. São Paulo: Cortez, 2000.

MACIEL-LIMA, S. et al. A pesquisa jurídica em questão: um estudo de revisão sistemática. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [S. l.], v. 8, p. 1-26, 2021. DOI: 10.19092/reed.v8i.560. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/560>. Acesso em: 27 jun. 2023.

MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2016.

MARX, Karl. Forças Naturais, Ciência e Humanidade (1861-1863). In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *História, Natureza, Trabalho e Educação*. Org. Gaudêncio Frigotto, Maria Ciavatta e Roseli Salete Caillard. São Paulo: Expressão Popular, 2020.

PAZELLO, Ricardo Prestes. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

SAGAN, Carl. *O mundo assombrado por demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

DIREITOS INTERNACIONAIS DE MIGRANTES E REFUGIADOS

O COVEIRO E SUA GRIPE: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL INTERNACIONAL DE JAIR MESSIAS BOLSONARO

Bernardo Guidotti do Amaral Stefanello

RESUMO

O presente artigo possui a pretensão de discutir a admissibilidade da denúncia por crimes contra a humanidade realizada contra o ex-presidente Jair Bolsonaro perante o Tribunal Penal Internacional. Recebida em fevereiro de 2022, a denúncia decorre dos trabalhos realizados pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Covid-19, tendo como principal fonte seu relatório final. Nesse sentido, a partir do método comparativo, pretende-se realizar breve pesquisa jurisprudencial nos arquivos do Tribunal a fim de compreender o entendimento do Direito Penal Internacional em condenações ensejadas pelo referido tipo penal. Ademais, partindo da denúncia realizada, analisar-se-á se os fatos se enquadram nos limites definidos pelo artigo 7º do Estatuto de Roma, promovendo reflexão crítica sobre os dados e resultados coletados.

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19; Bolsonaro; TPI.

ABSTRACT

This article aims to discuss the admissibility of the complaint for crimes against humanity filed against former President Jair Bolsonaro before the International Criminal Court (ICC). Filed in February 2022, the complaint stems from the work conducted by the Parliamentary Inquiry Commission on Covid-19, with its main source being the final report. In this context, using a comparative method, a brief jurisprudential survey will be conducted within the Court's archives to understand the International Criminal Law framework regarding convictions arising from this type of crime. Furthermore, based on the filed complaint, an analysis will be made to determine whether the facts fall within the boundaries defined by Article 7 of the Rome Statute, promoting a critical reflection on the data and results collected.

KEYWORDS: Covid-19; Bolsonaro; ICC.

INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil submete sua jurisdição ao Tribunal Penal Internacional (TPI), nos termos do art. 5, §4º da Constituição.

Assim, tendo aderido e ratificado o Estatuto de Roma a partir da aprovação do decreto nº 4.388, o TPI tem legitimidade para exercer sua jurisdição sobre fatos ocorridos no Brasil no que se refere a ocorrência dos crimes de Genocídio, Crimes de Guerra, Crimes Contra a Humanidade e Agressão.

O Ex-Presidente Jair Messias Bolsonaro acumula acusações perante o TPI. A primeira delas, ainda em 2019, foi protocolada pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu)¹, alegando o genocídio contra populações indígenas decorrente principalmente da incitação de exploração de terras ocupadas por povos originários, homicídios, deslocamentos forçados e danos à saúde das populações locais. A situação agravou-se consideravelmente durante a gestão da pandemia de Covid-19.

A acusação aqui a ser analisada, contudo, diz respeito à denúncia realizada pela Associação Brasileira de Juristas pela Democracia, datada de abril de 2020.

1. DA DENÚNCIA

A representação destinada à então procuradora Fatou Bensouda inicia expondo o contexto fático brasileiro quando do começo da pandemia. O Decreto Legislativo nº 06, de 20/03/2020 instituiu o “Estado de Calamidade Pública”, conceito definido pela Instrução Normativa nº 2 de 2016 e que afirma o “comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente federativo atingido”. Apesar da gravidade da situação, a conduta mantida por Bolsonaro se mostrou completamente incoerente e contrária às recomendações da OMS e de seu próprio Ministro da Saúde à época dos fatos. A denúncia elenca fatos e episódios que ilustram, mas não esgotam, como o Ex-Presidente promoveu aglomerações e disseminou informações falsas sobre a gravidade da doença e suas formas de tratamento, demonstrando sua irresponsabilidade na gestão da crise vigente.

Na sequência, defende-se o esgotamento das tratativas internas como forma de atrair a competência do TPI, disposição prevista pelo art. 17, 2, a), b) e c) do Estatuto de Roma. Ocorre que, como bem apontado, a competência para apresentar denúncia contra o Presidente no âmbito interno é exclusiva do Procurador-Geral da República, sendo que este havia arquivado todas as solicitações realizadas.

Há fundada argumentação embasada no art. 27 do Estatuto, qual seja:

1. O presente Estatuto será **aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo**, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, **em caso algum eximirá a pessoa**

¹ Bolsonaro é denunciado pela 6ª vez no Tribunal Penal Internacional. Brasil de Fato, 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/10/12/bolsonaro-e-denunciado-pela-6-vez-no-tribunal-penal-internacional-relembre-todas-as-acusacoes>. Acesso em 3 de nov. de 2023.

em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa (grifo nosso).

Assim, ainda que o Presidente disponha de prerrogativas e imunidades quando processado sobre a prática de crime, estas não são eficazes ao considerar a atuação jurisdicional do TPI, a qual, como visto, submete-se o Brasil. Sobre a ausência de imunidades aos Chefes de Estado, leciona Valerio de Oliveira Mazuolli que

A ideia crescente de que os indivíduos devem ser responsabilizados no cenário internacional, em decorrência dos crimes cometidos contra o Direito Internacional, vem bastante reforçada no Estatuto de Roma, que, além de ensejar a punição dos indivíduos como tais, positivou, no bojo de suas normas, ineditamente, os princípios gerais de direito penal internacional (arts. 22 a 33) [...]²

Já ao adentrar no mérito, a acusação sobre Bolsonaro recai essencialmente no art.7º, alínea k do Estatuto:

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no **quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque**:

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que **causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental**” (grifo nosso).

Alegam, ainda, a infração a nível nacional do artigo 267 do Código Penal, “Causar epidemia mediante propagação de germes patogênicos”, catalogado como crime hediondo a partir da Lei nº 8.072. Diante das atitudes contrárias às próprias orientações e diretrizes aplicadas pelo Ministério da Saúde e da Organização Mundial da Saúde (OMS), Bolsonaro incorreu no crime tipificado pelo artigo 268, “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”, além da Lei nº 13.979, aprovada pelo Congresso Nacional e que prevê a obrigatoriedade de uma série de medidas, como isolamento social, obrigatoriedade de realização de testes e o dever de informar nos casos de infecção.

² MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *O Tribunal Penal Internacional: Integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional*. Brasília a. 41 n. 164 out./dez. 2004.

Segundo a ABJD, portanto, “as atitudes de Bolsonaro e de seu governo encaminham o Brasil para uma tragédia”³. E, de fato, foi o que ocorreu. As investigações da CPI da Covid comprovam, estatisticamente, que o enfrentamento da doença, no Brasil, foi pautado pelo descompromisso. Em abril de 2021, o coeficiente de letalidade brasileiro já superava o patamar da média mundial⁴ e apenas seis meses depois o Brasil alcançava a “vergonhosa e indesejável 7ª colocação”⁵ no ranking global de número de óbitos por milhão de habitante:

Após quase seis meses de intensos trabalhos, esta Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia colheu elementos de prova que demonstraram sobejamente que **o governo federal foi omissivo e optou por agir de forma não técnica e desidiosa no enfrentamento da pandemia** do novo coronavírus, **expondo deliberadamente a população a risco concreto de infecção em massa**. Comprovaram-se a existência de um gabinete paralelo, a intenção de imunizar a população por meio da contaminação natural, a priorização de um tratamento precoce sem amparo científico de eficácia, o desestímulo ao uso de medidas não farmacológicas. Paralelamente, **houve deliberado atraso na aquisição de imunizantes**, em evidente descaso com a vida das pessoas. **Com esse comportamento o governo federal, que tinha o dever legal de agir, assentiu com a morte de brasileiras e brasileiros**⁶ (grifo nosso).

Os dados trazidos à tona demonstram, ainda, que até março de 2021 cerca de 120⁷ mil vidas poderiam ter sido salvas se o incentivo à fármacos comprovadamente ineficientes, como a cloroquina e a hidroxicloroquina, não continuassem sendo aplicados, bem como se cessadas as *fake news* e atitudes que desacreditaram a necessidade do isolamento social. Hoje o painel “Coronavírus Brasil”, atualizado na data de 24 de novembro de 2023, confirma o total de 38.048.773 casos confirmados e 707.470 óbitos⁸.

³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURISTAS PELA DEMOCRACIA. Complaint Before the International Criminal Court. 02 de abr. de 2020, p. 24.

⁴ SENADO FEDERAL. CPI da Pandemia: Relatório Final. Aprovado em 26 de out. de 2021. Disponível em: file:///C:/Users/berna/Downloads/Relatorio_Final_aprovado.pdf. Acesso em: 14 de nov. de 2023, p. 1270.

⁵ SENADO FEDERAL. CPI da Pandemia: Relatório Final. Aprovado em 26 de out. de 2021. Disponível em: file:///C:/Users/berna/Downloads/Relatorio_Final_aprovado.pdf. Acesso em: 14 de nov. de 2023, p.1270.

⁶ SENADO FEDERAL. CPI da Pandemia: Relatório Final. Aprovado em 26 de out. de 2021. Disponível em: file:///C:/Users/berna/Downloads/Relatorio_Final_aprovado.pdf. Acesso em: 14 de nov. de 2023, p.1271.

⁷ SENADO FEDERAL. CPI da Pandemia: Relatório Final. Aprovado em 26 de out. de 2021. Disponível em: file:///C:/Users/berna/Downloads/Relatorio_Final_aprovado.pdf. Acesso em: 14 de nov. de 2023, p.1275.

⁸ PAINEL CORONAVÍRUS BRASIL. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 24 de nov. de 2023.

Por fim, a acusação trata da admissibilidade perante o TPI, destacando seu caráter complementar no que diz respeito à possibilidade de investigação sobre o mesmo fato já estar em andamento no nível nacional ou, ainda, na hipótese da indisposição ou impossibilidade do Estado realizar investigação ou processo. O petítório requereu o recebimento da peça de representação, a solicitação de informações ao governo federal, o depoimento pessoal de Bolsonaro, a admissão de produção de prova documental e, no mérito, a condenação.

2. ADITAMENTO E POSSIBILIDADES

A denúncia fornecida pela ABJD em 2020 foi arquivada pelo TPI. Mark Dillon, chefe do Departamento de Informações e Evidências, afirmou a atuação do Tribunal se dá apenas contra “crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional como um todo”, mas que caso novos fatos sejam trazidos à tona e possam, eventualmente, conduzir a uma base razoável de evidências, a denúncia pode ser desarquivada⁹. Tende-se a concordar com a decisão inicial da então promotora Fatou Bensouda, haja vista a generalidade da denúncia e a ausência de dados concretos.

O cenário muda, entretanto, após a divulgação do relatório final da CPI da Covid, havendo uma grande base probatória que indica a possibilidade de Bolsonaro ser responsabilizado judicialmente. Dados e depoimentos colhidos apontam o incentivo ao tratamento precoce pela utilização de fármacos comprovadamente ineficazes, inclusive subsidiados com recursos do orçamento público, a recusa e o atraso na aquisição das vacinas, bem como na elaboração ágil de um plano de imunidade nacional, a terrível crise de falta de oxigênio em Manaus como forma de testar a infundada hipótese da “imunidade de rebanho” e tantos outros episódios lastimáveis ocorridos durante a gestão Bolsonaro.

Dessa forma, um aditamento à denúncia inicial foi apresentado pela ABJD em novembro de 2021, documento robusto e repleto de informações que fortaleceram o mérito da acusação inicial. Em fevereiro de 2022, a denúncia foi recebida¹⁰, porém, desde então, não há novidades acerca da continuidade das investigações.

E, possivelmente, a situação se mantenha assim até um novo arquivamento. Isto porquê, em primeiro lugar, deve se atentar a um dos princípios essenciais à atuação do TPI, o da subsidiariedade.

⁹ Tribunal Penal Internacional suspende investigação contra Bolsonaro. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-15/tribunal-penal-internacional-suspende-investigacao-bolsonaro/>. Acesso em: 16 nov. 2023.

¹⁰ MATOS, Marcela. Tribunal Penal Internacional recebe denúncia da CPI contra Bolsonaro por crime contra a humanidade. *G1*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/02/10/cpi-da-covid-entrega-ao-tribunal-penal-internacional-denuncia-que-acusa-bolsonaro-de-crime-contra-a-humanidade.ghtml>. Acesso em: 8 nov. 2023.

Como já mencionado previamente, a atuação do TPI se dá, basicamente, quando o Estado onde ocorreram os crimes não é incapaz ou não deseja processar o caso. Logo, destaca-se a prioridade das jurisdições nacionais e a subsidiariedade da jurisdição exercida pelo TPI. O mesmo ocorre nas Cortes Internacionais regionais, como é o caso da própria Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê em seu art. 46, a), a admissão de petição ou representação ao sistema interamericano apenas quando “hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos”¹¹. Sobre o referido princípio e sua importância, Gilberto Vergne Sabóia afirma:

É mediante a complementaridade que o TPI poderá, a longo prazo, dar sua mais importante contribuição, ao incentivar os Estados a dotar seus sistemas judiciais dos instrumentos normativos e processuais capazes de aplicar a justiça de forma eficaz e equânime, nos casos dos crimes previstos no Estatuto.¹²

Ocorre que, apesar das representações terem sido propostas durante o mandato de Bolsonaro, este não conquistou a reeleição. Desse modo, não estando mais sob a prerrogativa de Chefe de Estado, afastou-se a exclusividade do Procurador Geral da República para oferecer denúncia contra Bolsonaro. Essa mudança no contexto político brasileiro tende a anular a complementaridade da jurisdição do TPI, haja visto que, se antes o Brasil se enquadrava como omissor, dependente da ação de um Procurador aliado do Presidente para oferecer denúncia, o que ensejaria a possível atuação de instâncias internacionais, agora o Ministério Público e particulares possuem a possibilidade de ajuizar ação Bolsonaro.

Na opinião de Rodrigo Faucz Pereira e Silva, membro do International Criminal Court Bar Association, “o Ministério Público brasileiro tem condições de investigar e, eventualmente, processar as condutas do presidente.”¹³ Segundo Faucz, outro fator a ser considerado é a eleição do britânico Karim Khan como novo Procurador Chefe do TPI e uma política de atenção e dedicação a casos cuja condenação seja mais plausível:

Como as denúncias até aqui contra o presidente partem de interpretações sobre crimes ambientais e sobre o enfrentamento da pandemia, um pedido formal de investigação da Promotoria para o TPI dependerá diretamente não apenas da apreciação pessoal do promotor sobre estas questões, mas também de quais serão suas ban-

¹¹ BRASIL. *Decreto nº 678 de 06 de Novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 18 de nov. de 2023.

¹² SABÓIA, G. V. (2000). A criação do Tribunal Penal Internacional. *Revista CEJ*, 4(11), 5-13.

¹³ SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e. O que a escolha do novo promotor do TPI significa para Jair Bolsonaro. *Original 123 Comunicação*. Disponível em: <https://original123.com.br/o-que-a-escolha-do-novo-promotor-do-tpi-significa-para-jair-bolsonaro/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

deiras durante o mandato. [...] sua promessa de campanha foi justamente reformar completamente a Promotoria, atualmente composta por quase 400 funcionários, para torná-la mais eficiente.

Outro ponto fundamental à discussão aqui proposta gira em torno da possibilidade da irresponsabilidade, omissão e má gestão de Bolsonaro enquadrarem-se, de fato, na tipificação de Crime Contra a Humanidade. Isso porque, conforme visto anteriormente, o artigo 7º do Estatuto de Roma considera como Crime Contra a Humanidade, “qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”.

O referido tipo penal apresenta algumas peculiaridades que merecem atenção. A primeira delas se encontra na expressão “quadro de um ataque”, pois implica que o crime contra a humanidade tenha ocorrido dentro de um contexto mais amplo, em um quadro maior, o que excluiria, por si só, atos isolados ou ocasionais.

Acerca da delimitação colocada pelos termos “generalizado ou sistemático”, Kai Ambos afirma que:

Whereas the term “Widespread” implies, in a more quantitative sense, that an act can be carried out on a large scale and involving a high number of victims, “systematic” has a rather qualitative meaning, requiring that the act be carried out as a result of a methodical planning.¹⁴

Ora, não se percebe a possibilidade das ações de Bolsonaro, em princípio, corresponderem às caracterizações colocadas pelo tipo. Em primeiro lugar porque não se trata de uma situação contextual de ataque, não houve nenhuma agressão direta do governo federal à sua população capaz de ensejar a interpretação de que ocorria, efetivamente, um quadro de ataque. As ações de crime de guerra, portanto, devem estar inseridas dentro dessa perspectiva maior, o que não se verifica no caso.

A denúncia inicial da ABJD menciona, num exercício interpretativo, que o enfrentamento à Covid-19, seria uma “estratégia de guerra”, podendo depreender que, havia um contexto ampliado, e que, portanto, as ações e omissões do acusado estariam inseridas em um quadro de ataque:

As maiores autoridades científicas, respaldadas pela observação cuidadosa da realidade, prescrevem uma estratégia de guerra para minimizar os efeitos da pandemia [...] Desse modo, deixa de atuar na estratégia para achatar a curva de infecção e racionalizar a possibilidade de atendimento hospitalar aos infectados, e auxilia na

¹⁴ AMBOS, Kai. Crimes Against Humanity and the International Criminal Court. In: Sadat (ed.) *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, 1st ed. 2011, p. 284.

expansão e aumento do contágio, o que fatalmente vai fazer com que o sistema de saúde no Brasil entre em colapso.¹⁵

Dois problemas principais decorrem dessa vertente interpretativa. O primeiro é de que, caso o enfrentamento da Covid-19 fosse considerado uma guerra, nos termos do Direito Internacional Público, então Bolsonaro deveria ter sido acusado por Crimes de Guerra, previstos no art. 8º do Estatuto de Roma. E, em segundo, tem-se que a gestão presidencial durante a pandemia não foi, à luz do Direito Internacional Público, uma guerra. Yoram Dinstein destaca que os elementos caracterizantes da guerra são a) a existência de um conflito armado; b) a desavença entre pelo menos dois Estados; c) a direção das hostilidades; e d) a intenção de impor a sua vontade/desejo sobre o outro.¹⁶ Assim, via de regra, não há que se falar em guerra e, portanto, em um quadro de ataque.

Além disso, observa-se que nenhuma das ações do Ex-Presidente possuía caráter “generalizado”, ou “multiple commissions of acts”¹⁷, tanto por que não miravam um público específico quanto por serem descontínuas. Já no tocante ao quesito “sistemático”, Ambos defende a necessidade de presença de uma “State organized policy”¹⁸, o que também não se verifica no presente caso. A gestão Bolsonaro esteve envolvida em múltiplos escândalos, porém eles não faziam parte de uma política de governo unificada, implementada para ser aplicada, e sim de atos distintos de irresponsabilidade. Não havia uma organização para consecução de um objetivo político específico, logo, os atos do acusado não representavam as ações de uma política.

Ambos ainda coloca que os dois elementos devem estar presentes simultaneamente:

*The multiple commissions must be based on a “policy”. This means that the policy element is indispensable and its absence cannot be compensated, for example, by a particularly high number of acts/victims [...] The decisive element is that of a policy: Only its existence turns multiple acts into Crimes Against Humanity.*¹⁹

¹⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURISTAS PELA DEMOCRACIA. Complaint Before the International Criminal Court. 02 de abr. de 2020, p. 24.

¹⁶ DINSTEIN, Yoman. *Guerra, agressão e legítima defesa*. 3. ed. Trad. Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004.

¹⁷ AMBOS, Kai. Crimes Against Humanity and the International Criminal Court. In Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, 1st ed. 2011, p. 285.

¹⁸ AMBOS, Kai. Crimes Against Humanity and the International Criminal Court. In Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, 1st ed. 2011, p.285

¹⁹ AMBOS, Kai. Crimes Against Humanity and the International Criminal Court. In Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, 1st ed. 2011, p. 285

Um último quesito a ser destacado do art. 7º versa sobre o conhecimento do ataque. Em uma primeira análise, Ambos cita o caso Blaškić para afirmar que, segundo a abordagem adotada, “*knowledge also includes the conduct of a person taking a deliberate risk in the hope that the risk does not cause injury*”²⁰. Tal entendimento persistiu sendo utilizado no julgamento do caso Kunarac, na Câmara de Apelação, e, à primeira vista, parece sim enquadrar as ações de Bolsonaro, tendo em vista possuir conhecimento das recomendações dos órgãos sanitários e, mesmo assim, contrariá-los das mais diversas formas.

Entretanto, há uma indicação explícita no tipo de que o acusado tenha plena ciência de que seu ato é apenas uma parte do quadro de ataque, isto é, “*the accused must be aware that his act forms part of the collective attack*”²¹, relembrando uma vez mais a necessidade de um contexto ampliado.

Ademais, ainda que, a nosso ver, a alínea k do dispositivo esteja enquadrada corretamente no presente caso, tendo em vista o grande e mitigável sofrimento a qual a população brasileira foi submetida, a caracterização de “atos desumanos de caráter semelhante” é, no mínimo, tanto ambígua quanto vaga, levando a discussão para campos mais abstratos que dificultam ainda mais e imputação do acusado.

CONCLUSÃO

Considerando os elementos fáticos e normativos, conclui-se que a denúncia realizada pela ABJD possui baixa expectativa de ser formalmente investigada, tanto por carecer, atualmente, dos requisitos de admissibilidade relativos à subsidiariedade do TPI quanto pelo fato do mérito não enquadrar satisfatoriamente a conduta de Bolsonaro no tipo de Crimes Contra a Humanidade. Congruente à opinião de Sylvia Steiner, juíza do TPI entre 2003 e 2016, que chama atenção ao fato de que “o tribunal tem dado prioridade para casos que envolvem conflito armado, ataques contra a população civil [...] Acho muito difícil que um caso que envolve a questão de políticas públicas possa ser levado adiante.”²²

Ainda que pesquisadoras venham defendendo a possibilidade de ampliação do conceito de Crimes Contra a Humanidade e sua aplicabilidade em períodos de paz²³, a recente jurisprudência do TPI demonstra o oposto. A totalidade de seus 21 casos julgados

²⁰ AMBOS, Kai. Crimes Against Humanity and the International Criminal Court. In Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, 1st ed. 2011, p. 289.

²¹ AMBOS, Kai. Crimes Against Humanity and the International Criminal Court. In Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, 1st ed. 2011, p. 289.

²² REVERBEL, Paula. ‘Não acredito que o Tribunal Penal Internacional vá investigar Bolsonaro’, diz ex-juíza da corte. Estadão. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/nao-acredito-que-o-tribunal-penal-internacional-va-investigar-bolsonaro-diz-ex-juiza-da-corte/>. Acesso em: 23 de nov. de 2023.

²³ IKAWA, Daniela Ribeiro; PIOVESAN Flávia. *O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2023.

por acusações de Crimes Contra a Humanidade envolve um recorte específico de conflitos armados²⁴.

A responsabilização de Bolsonaro e sua desastrosa gestão durante a pandemia de Covid-19, portanto, deve ocorrer em âmbito interno, pelos instrumentos jurídicos nacionais. Outras denúncias realizadas junto ao TPI possuem como enfoque os atos cometidos especificamente contra as populações indígenas, discutindo-se a possibilidade de incorrência no crime de genocídio, porém, a análise de tais alegações deve ser realizada em estudo apartado do presente.

Relembrar o negacionismo latente do ex-presidente Bolsonaro e sua falta de empatia para com as milhares de vítimas da Covid-19, menosprezando os efeitos da doença e o sofrimento da população brasileira, pode e deve ser o condão a ensejar a judicialização nacional de todas as violações aos direitos humanos perpetradas e legitimadas durante seu mandato.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. Crimes Against Humanity and the International Criminal Court. In: SADAT (ed.). *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, 1. ed. 2011. p. 284.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURISTAS PELA DEMOCRACIA. *Complaint Before the International Criminal Court*. 02 abr. 2020, p. 24.

Bolsonaro é denunciado pela 6ª vez no Tribunal Penal Internacional. *Brasil de Fato*, 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/10/12/bolsonaro-e-denunciado-pela-6-vez-no-tribunal-penal-internacional-relembre-todas-as-acusacoes>. Acesso em: 3 nov. 2023.

BRASIL. *Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 18 nov. 2023.

DINSTEIN, Yoman. *Guerra, agressão e legítima defesa*. 3. ed. Trad. Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Cases: Crimes Against Humanity*. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/cases?f%5B0%5D=accused_crime_case%3A324&page=0. Acesso em: 26 nov. 2023.

KAWA, Daniela Ribeiro; PIOVESAN, Flávia. *O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2023.

²⁴ *International Criminal Court. Cases: Crimes Against Humanity*. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/cases?f%5B0%5D=accused_crime_case%3A324&page=0. Acesso em: 26 nov. 2023.

MATOS, Marcela. Tribunal Penal Internacional recebe denúncia da CPI contra Bolsonaro por crime contra a humanidade. *G1*, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/02/10/cpi-da-covid-entrega-ao-tribunal-penal-internacional-denuncia-que-acusa-bolsonaro-de-crime-contra-a-humanidade.ghml>. Acesso em: 8 nov. 2023.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional: Integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. *Revista da AJD*, Brasília, a. 41, n. 164, out./dez. 2004.

PAINEL CORONAVÍRUS BRASIL. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

REVERBEL, Paula. 'Não acredito que o Tribunal Penal Internacional vá investigar Bolsonaro', diz ex-juíza da corte. *Estadão*, 2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/nao-acredito-que-o-tribunal-penal-internacional-va-investigar-bolsonaro-diz-ex-juiza-da-corte/>. Acesso em: 23 nov. 2023.

SABÓIA, G. V. A criação do Tribunal Penal Internacional. *Revista CEJ*, v. 4, n. 11, p. 5-13, 2000.

SENADO FEDERAL. *CPI da Pandemia: Relatório Final*. Aprovado em 26 out. 2021. Disponível em: file:///C:/Users/berna/Downloads/Relatorio_Final_aprovado.pdf. Acesso em: 14 nov. 2023. p. 1270.

SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e. O que a escolha do novo promotor do TPI significa para Jair Bolsonaro. *Original 123 Comunicação*. Disponível em: <https://original123.com.br/o-que-a-escolha-do-novo-promotor-do-tpi-significa-para-jair-bolsonaro/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

Tribunal Penal Internacional suspende investigação contra Bolsonaro. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-15/tribunal-penal-internacional-suspende-investigacao-bolsonaro/>. Acesso em: 16 nov. 2023.

PROTEÇÃO DE DADOS E DIREITO DIGITAL

BOA-FÉ CONTRATUAL NOS TERMOS DE USO DOS CHATBOTS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O USO DE INFORMAÇÕES E DADOS DO USUÁRIO

João Pedro Mendes Cortiano

RESUMO

Com o grande avanço dos chatbots de inteligência artificial e sua utilização em massa, nota-se que, para tanto, é feito o uso de dados pessoais dos usuários para a expansão da tecnologia. Os termos de uso firmados não tratam com clareza. É princípio no vigente ordenamento jurídico a boa-fé contratual. Busca-se, portanto, considerar se é de fato aplicado o referido princípio e o exercício do contrato é pleno e honesto às partes.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial; Boa-fé contratual; Dados pessoais.

ABSTRACT

With the significant advancement of artificial intelligence chatbots and their widespread use, it is evident that personal data of users is being utilized for the expansion of this technology. The terms of use established do not address this issue clearly. Good faith in contracts is a principle enshrined in the current legal framework. Therefore, this study seeks to consider whether this principle is indeed applied and whether the exercise of the contract is complete and honest for all parties involved.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; Good Faith in Contracts; Personal Data.

INTRODUÇÃO

1. DO FUNCIONAMENTO E PROCESSAMENTO DE INFORMAÇÕES DOS CHATBOTS

Principalmente nos últimos (breves) anos, a presença de inteligências artificiais no dia a dia é mais frequente. Claro, o termo inteligência artificial não surge nesse mesmo período. O que acontece é a aparição dessa tecnologia, de modo que o uso direto e perceptível pelo cidadão comum se faz comum. Isso via *chatbots*, como o mais famoso, por exemplo, ChatGPT, além de outras gigantes da tecnologia, que também possuem os seus: Microsoft ou Google.

O grande advento das inteligências artificiais chega a causar espanto àqueles que mergulham em suas mais diversas funcionalidades em relação ao como essa tecnologia pode ser útil. Além dos softwares mais conhecidos, a inteligência pode ser moldada e utilizada para incontáveis fins de muito valor para a sociedade. Tanto que nesse contexto, já se imagina em uma nova revolução das máquinas.

Inteligências artificiais são muito utilizadas há tempos, se baseiam em um processamento de dados, visando um raciocínio não humano, de maneira autônoma. Um processamento de um grande número de informações que identificam padrões de comportamentos, possibilitando, a partir, a capacidade de se obter respostas e resultados.

Os constantes avanços no campo tecnológico permitiram que essa funcionalidade computacional se tornasse totalmente acessível e praticável pelo cidadão médio. Sem a necessidade de um intermediador. Da forma mais direta e simples: um chat. Onde se faz uma pergunta, e esse “robozinho” responde.

Por trás de uma interface descomplicada, existe uma grande base de dados, que em questão de segundos é processada e uma resposta bem escrita é devolvida ao usuário. E isso, acerca de todos os temas que se imaginar. Seja numa finalidade de pesquisa, de escrita, de cálculo ou até de programação.

O grande salto das inteligências artificiais traz ao mundo jurídico um impensável número de novos entraves, questionamentos e conflitos. Se dá destaque, por exemplo, para a questão autoral – a quem corresponde a autoria de um texto escrito por *chatbot* de inteligência artificial? Ou, onde se direciona o núcleo do presente texto, de quais fontes as bases de dados utilizadas pelas inteligências são alimentadas?

A questão de interesse que aqui se toca é referente a essa base de dados. Tudo que está “por trás dos panos” quando se trata de tecnologia, para os leigos no assunto, é um mar desconhecido.

Restam, portanto, questionamentos. Sabe-se da vasta base de dados necessária para os *chatbots* terem a capacidade de formular respostas precisas e organizadas. Então a incerteza: essa base de dados já foi expandida com nossos próprios dados?

Dados aqui não se afirmam (apenas) como informações pessoais, mas sim com tudo aquilo que nos relaciona com o mundo digital. Assim como o algoritmo de redes sociais realiza uma “seleção natural” de conteúdos, de acordo com o que mais é viável e agradável para o usuário, a partir do momento que coleta informações deste, seja localização, sejam outras pesquisas feitas na internet ou até “espionando” o usuário. De tal modo que, ao navegar nas redes, recebe *posts* e informações que são apenas de seu interesse. Anúncios de produtos que este já estava por procurar, vídeos que costuma assistir, pessoas que costuma interagir. Talvez seja por aí o caminho da “magia” das redes sociais que vicia

tanto o público. A estrutura por trás do conteúdo disponibilizado a cada indivíduo vai muito mais além de um aglomerado de todos os perfis seguidos.

A vida dos usuários na internet se dá por um consumo massivo de informações (úteis e inúteis), mas também por um constante fornecimento de informações (todas úteis) para aqueles que têm interesse em usá-las em seu favor.

Não é comum de se inferir, mas a cada curtida, compartilhamento ou pesquisa que o internauta faz, é mais uma informação colhida e muito bem guardada em alguma base de dados que certamente terá alguma utilidade, seja no presente ou futuro.

E agora, o *Chat GPT*, por exemplo, é utilizado por milhares e milhares de pessoas, que logo o “*contratam*” como psicólogo, advogado, médico... E cada vez mais informações são massivamente lançadas ao seu saber.

Matéria no jornal estadunidense *The Washington Post*¹ já traz interessantes fatos: a não ser que seja desabilitada (a função), o *Google* utiliza de dados do *Gmail* do usuário para treinar sua IA; A *Microsoft* utiliza de toda conversa do usuário com seu *chatbot* para nele desenvolver novas habilidades. E, ademais, afirma: “ainda não se sabe como isso pode afetar a privacidade, trabalho ou reputação”.

O que se aceita e realmente se conhece sobre isso?

2. OS TERMOS DE UTILIZAÇÃO COMO CONTRATOS DE ADESÃO

Ainda visando praticidade e celeridade – como sempre na sociedade moderna, se faz cada vez mais comum, para o uso da tecnologia, o aceite dos termos de uso se dar a partir de um único clique. Um aceite direto a termos estabelecidos, que nunca vão ser alterados pela mínima discordância do usuário. Se percebe um contrato de adesão. Nesse sentido afirma Maria Helena Diniz²:

Os contratos por adesão constituem uma oposição à ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro.

¹ A. FOWLER, G. *Your Instagrams are training AI. There's little you can do about it*. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2023/09/08/gmail-instagram-facebook-trains-ai/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

² DINIZ, MARIA HELENA. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. v.3. Disponível em: Minha Biblioteca, (40th edição). Editora Saraiva, 2024.

São contratos de adesão aqueles em que só uma das partes envolvidas define os termos, sem discussões. O não aceite pela outra parte resulta num não acordo, e assim em um não uso do serviço.

Aqui é interessante a reflexão de que o rápido aceite e adesão ao contrato fazem com que o usuário pouco saiba sobre a atividade a ser exercida. Tanto por ele próprio, ao utilizar o programa, quanto pela programação do software, acerca do que informa, o que será coletado, o que será armazenado e com base no que será respondido.

Essa situação se desenha em grande parte (senão toda) dos aplicativos e programas computacionais, incluindo redes sociais e agora *chatbots* de inteligência artificial. Portanto, cabe anotar se essa maneira de aplicação dos termos de uso é problemática, visto o vasto e massivo uso das tecnologias e os direitos que recaem nessa relação.

Ao que parece: obriga ao usuário aceitar os termos. De modo que, mesmo que sendo lido pelo usuário, os longos termos serão aceitos independente de concordância ou não.

Neste caminho, ensina Paulo Lôbo³: “Nos contratos de adesão a condições gerais, a conduta do contratante aderente não configura exteriorização consciente de vontade, mas submissão às condições preestabelecidas” (LÔBO, 2023, p. 52)

Na medida em que há submissão às condições, infere-se que muito do que não se sabe ou não se concorda acaba por ser acordado. Como já exposto anteriormente, se trata de um campo ainda mais delicado, justamente por não se ter uma total compreensão do *background* da tecnologia. Um campo complicado por não se ter a noção do extenso caminho que informações pessoais possam percorrer.

Em geral, os termos são aceitos sem que sejam lidos, pode observar-se que por (a) termos são muito longos e trabalhosos de serem lidos e (b) mesmo que não se concorde, não há o que ser feito, já que é de desejo utilizar o programa, e a discordância resultaria apenas em um não-uso.

Analisa-se, então, que talvez, de pouco se valem para os usuários os termos de uso. Apenas cumprem uma formalidade? Apenas um lastro legal para o funcionamento da atividade? Apenas garante a parte o direito de fazer o que anseia? O Código Civil, ao menos, protege o aderente nos contratos de adesão, de modo a uma interpretação favorável em caso de litígio (art. 423, CC 2002).

É uma via sem saída. Na atualidade, tentar escapar dessa praticidade trazida pelos contratos de adesão é quase impossível. Tanto que é esse tipo de contrato que mais se vê presente nas mais diversas operações de circulação de bens e serviços na sociedade. O consumo é em massa e a pressa do indivíduo é grande. Resta, portanto, debater os mol-

³ LÔBO, PAULO. *Direito civil: contratos*. v.3. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2023.

des, limites e questões dessa modalidade contratual. No presente texto, na relação direta com as IAs de *chatbots*.

A partir das informações trazidas, busca-se fazer uma breve reflexão acerca do princípio da boa-fé objetiva e sua presença (ou não) nos referidos termos de uso.

3. A BOA-FÉ OBJETIVA QUANDO EM RELAÇÃO AO USO DA REFERIDA TECNOLOGIA

Além de cumprirem as normativas legais, os contratos devem também seguir princípios implícitos e explícitos do Direito contratual: função social dos contratos, boa-fé objetiva, força obrigatória, autonomia da vontade...

Apesar de ser um conceito amplo e indeterminado, que se define contextualmente, a boa-fé objetiva se faz como princípio no Direito brasileiro. Expressamente se encontra no vigente Código Civil, no âmbito contratual, assim é no artigo 422: “*Caput*: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Para Martins-Costa (2024)⁴, “o agir segundo a boa-fé objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, considerando a finalidade e a utilidade do negócio.”

Observa que o respeito à boa-fé objetiva nos termos contratuais se concretiza de modo que o respeito entre as partes as condiciona perfeitamente para aquilo que se objetiva.

As detentoras da tecnologia desejam que o usuário a utilize e o usuário deseja utilizá-la. O contrato protege (assim deve) a ambos. Não se pode esquecer, no entanto, que o contrato é unicamente elaborado por uma das partes. Assim ressalta-se a necessidade do princípio da boa-fé objetiva. Um contrato que não o respeite será desfavorável e omissivo ao elo mais frágil da relação: o usuário, o não elaborador do contrato, o aderente.

Numa primeira vista, há de se refletir se simplesmente a maneira que os termos de uso são apresentados para o provável aceite são apresentados não violam o princípio em questão. Se trataria, portanto, da necessidade da boa-fé numa fase pré-contratual. Como vê Cortiano Junior⁵: “é certo que o momento pré-contratual, ainda que não esteja protegido pelo vínculo jurídico contratual, já se encontra tutelado pela boa-fé objetiva

⁴ MARTINS-COSTA, JUDITH. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. Editora Saraiva, 2024.

⁵ CORTIANO JUNIOR, EROULTHS; DA COSTA, VIVIAN CARLA. *Boa-fé objetiva como fundamento jurídico da obrigação pré-contratual*. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/noticias/destaque/boa-fe-objetiva/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

sob todas as suas dimensões funcionais, as quais devem ser observadas sob pena de responsabilização”.

O princípio, dessa forma, deve ser observado e levado em conta já num momento anterior à adesão contratual. Com isso, é de se questionar os termos que são apresentados, por exemplo, da seguinte forma: “ao utilizar este site, você concorda com os termos de uso”.

Questiona-se se a boa-fé objetiva é de fato respeitada. Não há certeza se há clareza na apresentação das cláusulas a parte aderente, se de fato aquele que vem a concordar está ciente dos possíveis usos aos quais se destinarão os dados que ele virá – às vezes sem saber – fornecer.

Contextualizando o já exposto no presente texto. a) a tecnologia dos *chatbots* de inteligência artificial se baseia num massivo processamento de dados; b) o usuário aceita os termos de uso (sem debatê-los ou sequer lê-los). Agora, indaga-se, de fato, se os dados que o usuário envia aos *chatbots* ajuda a “alimentar” a base de dados do software? Se sim, o usuário tem essa ciência?

Não interessa se as informações que o usuário cede via internet são insignificantes ou não. É de seu direito a disposição. Verifica-se de maneira objetiva na Lei Geral de Proteção de Dados, de 2018 (LGPD). A lei 13.709/2018 tem como objetivo “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.”

É de extrema importância para o presente texto, alguns trechos da referida legislação:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

§ 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

§ 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e os-

tensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

§ 1º Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca.

A lei é clara, e muito se extrai. O controlador, como descrito, deve ser claro em informar o usuário dos usos de dados pessoais, com transparência, de forma clara. O tratamento deve seguir a boa-fé.

Ao utilizar o *Gemini*, *chatbot* de inteligência artificial do *Google*, o usuário tem de estar de acordo com os termos de uso do *Google*. Termos que explicitam a coleta de informações do usuário, que vão desde as mais básicas como nome e idioma, até emails enviados e recebidos, fotos, vídeos, informações de voz e áudio e localização. Leva-se em conta que o *Google* atinge uma grande extensão da vida digital da população devido a grande quantidade de serviços oferecidos: *YouTube*, *Google Maps*, *Google Docs*, *Gmail*... Portanto, todos esses serviços são fontes de coleta de informação para o *Google*.

O que a empresa justifica: as informações são coletadas para fornecer os próprios serviços, fornecê-los de forma personalizada, para melhorá-los, desenvolver novos, entre outros. São explicações, talvez, um pouco vagas, mesmo que descritas e fundamentadas uma a uma. Desse modo, respeita-se a boa-fé exigida?

Ao que parece, acaba por omitir ou mal informar o usuário acerca das finalidades que suas informações têm. Isso, claro, se o usuário está realmente ciente de que está fornecendo informações além daquelas descritas no cadastro.

Não se cria aqui um terror. Não é de todo mal. Não se imagina que as grandes empresas de tecnologia estão reunindo *terabytes* de informações do usuário para uma operação com más intenções, mas apenas que possam estar, de certa forma, induzindo o usuário à ignorância, já que não se tem clareza sobre a destinação que a informação que foi passivamente fornecida possui.

Dessa forma, também, não se pode negar que essa coleta e processamento de informações pelos softwares de inteligência artificial não seja útil e frutífera para os avanços tecnológicos. A expansão e o avanço tecnológico estão diretamente relacionados ao grande volume de dados. E um dos métodos utilizados pelas empresas para a finalidade de evoluir suas tecnologias é essa coleta massiva de dados.

Imagina-se que todas as atividades pretendidas pelas empresas com as informações coletadas estejam de fato dispostas nos termos de uso. Isso não se nega-se. No

entanto indaga-se quanto a uma precisão clara acerca dos dados e a maneira como isso é disposto a parte aderente.

Os princípios contratuais extraídos do Código Civil e da doutrina amparam alguns mínimos para uma justa execução de seus termos. Infere-se que isso inclui transparência das cláusulas, de modo a uma certa honestidade entre as partes.

Agora, na maneira como muito se desenvolvem os termos de uso dos *chatbots*, verificam-se certas obscuridades quanto ao desenrolar das operações pretendidas. Como citado anteriormente, por exemplo, quando uma empresa afirma que pode vir a utilizar as informações do usuário.

Para Villaça Azevedo (2002), o princípio da boa-fé “assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito”⁶. Seguindo essa linha e a relacionando com a legislação, é notável que o desenhar dos referidos termos pode não ser correto. O não respeitar da boa-fé vem a se perceber na medida em que, nas cláusulas, se expõe expressões genéricas que passam credibilidade a parte, mas sem de fato explicitar.

A boa-fé objetiva se estende para além dos termos contratuais, sendo assim, para Iglesias Diniz,⁷ “a boa-fé, por intermédio de cláusulas gerais, impõe parâmetros de conduta para as relações sociais, criando direitos e obrigações anexas àquelas existentes nos contratos, no intuito de alcançar a mútua e leal cooperação entre as partes.”

Além daquilo expresso no contrato, o princípio da boa-fé vem a garantir que os termos redigidos não passem por induzir a parte a erro ou vício; a garantir que as palavras não enganem o usuário; vem a garantir que as obscuridades sejam esclarecidas de maneira justa às partes, de acordo com o uso e função do objeto.

Na luz da realidade do contrato dos termos dos *chatbots*: é de interesse do usuário explorar e usufruir do software recebendo respostas às suas perguntas ou que sejam realizadas as tarefas por ele pretendidas e delegadas à inteligência. Por outro lado, é possível de se imaginar que é de interesse das detentoras da tecnologia expandir cada vez mais a capacidade e abrangência de seu *software* na medida em que o próprio usuário o alimenta com seus dados.

Assim, por exemplo, é exposto nos termos de uso do *Chat GPT*:⁸

Os Usuários reconhecem e aceitam que, ao fornecer seus próprios conteúdos neste serviço (este Site), eles estarão concedendo ao Proprietário o direito não exclusivo,

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

⁷ IGLESIAS DINIZ, Carlos Eduardo. A boa-fé objetiva no direito brasileiro e a proibição de comportamentos contraditórios. In: *Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13 - 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos Volume I*.

⁸ Termos e Condições. Disponível em: <https://chatgptbrasil.com.br/termos-e-condicoes/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

totalmente onerado e isento de royalties de processar tais conteúdos, somente para a operação e manutenção deste serviço (este Site), conforme for requerido em contrato.

E complementa: “Até o limite permitido pela legislação aplicável, os Usuários renunciam a quaisquer direitos morais relacionados aos conteúdos que eles fornecerem a este Site”.

É interessante que os termos sempre afirmam zelo e segurança muito respeitada aos dados pessoais dos usuários no momento da criação da conta. Onde se cria uma forte percepção de confiança e credibilidade.

Geralmente, as cláusulas nos termos de uso, se fazem com expressões vagas e imprecisas. Resultando num mal entendimento por parte do aderente. Cláusulas que não expressam (direta ou indiretamente) alguma vontade de recusa. Cláusulas que se demonstram positivas e agradáveis ao usuário.

Relacionando, portanto, os termos de uso (como contratos de adesão), aos novos softwares de inteligência artificial num pressuposto de boa-fé objetiva, fica o questionamento se esse o atual desenvolvimento das atividades é de acordo com os princípios do presente ordenamento.

Para tanto, leva-se em conta que a) a modalidade contratual é um tanto desfavorável ao aderente; b) se trata de informações e dados pessoais, os quais exigem uma maior delicadeza e cuidado e c) tecnologias ainda recentes no uso público, onde não se sabe precisamente o desenrolar nem o panorama completo.

CONCLUSÃO

A tecnologia sempre, e principalmente nos últimos anos, se expande exponencialmente. É clara e certa a dificuldade e até impossibilidade do Direito acompanhar toda e qualquer movimentação. O Direito, como produto da sociedade, tem de se adaptar aos problemas e situações que atingem a comunidade.

Estampa-se, diante dos passos que são agora trilhados pela tecnologia com a inteligência artificial, a necessidade de novos olhares jurídicos diante da nova infinidade de questões que diariamente se desenham.

Ao que parece, por fim, não há um pleno respeito ao princípio da boa-fé objetiva nos termos objeto deste texto. Ainda não é sabido pela coletividade o real impacto dessa massificação e confusão de dados e informações pessoais. No entanto, se sabe acerca dos direitos individuais e coletivos.

Ressalta-se, finalmente, a importância do princípio da boa-fé objetiva nos termos contratuais de modo a proteger tanto usuário como empresa. A boa-fé como fato extra contratual de modo a garantir um pleno exercício da atividade pretendida.

E é o caminho que deve ser seguido frente aos diversos avanços. Em pequenos passos e considerações, como essa breve, no presente texto, orienta-se sempre na direção de uma correta aplicação legal que garanta direitos de forma justa a todas as partes.

A expansão tecnológica é sim muito frutífera para todas as áreas. Ainda mais a incrível revolução da inteligência artificial. E este mesmo é um dos motivos mais nobres pelo qual se deve buscar cada vez mais, de forma incisiva, uma correta regulação e aplicação dos fundamentos legais para com os novos meios digitais.

Que a breve reflexão acerca da boa-fé contratual e os termos de uso dos chatbots de inteligência artificial tenha cumprido seu objetivo, despertando algum alerta para os fatos em questão.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; DA COSTA, Vivian Carla. *Boa-fé objetiva como fundamento jurídico da obrigação pré-contratual*. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/noticias/destaque/boa-fe-objetiva/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. v. 3. (40. ed.). São Paulo: Saraiva, 2024. Disponível em: Minha Biblioteca.

FOWLER, Geoffrey A. *Your Instagrams are training AI. There's little you can do about it*. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2023/09/08/gmail-instagram-facebook-trains-ai/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

IGLESIAS DINIZ, Carlos Eduardo. A boa-fé objetiva no direito brasileiro e a proibição de comportamentos contraditórios. In: *Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13 - 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos. Volume I*.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. v. 3. (9. ed.). São Paulo: Saraiva, 2023. Disponível em: Minha Biblioteca.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2024.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. v. 3. Grupo GEN, 2023. E-book.

TERMOS E CONDIÇÕES. Disponível em: <https://chatgptbrasil.com.br/termos-e-condicoes/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A TITULARIDADE DE DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL DAS OBRAS DE ARTE CRIADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Mariana Calliari Svolenski

RESUMO

O notável crescimento no número e no desempenho de ferramentas e plataformas de inteligência artificial, as quais possibilitam a criação de uma ampla gama de obras de arte, não apenas provocou um impacto significativo no cenário artístico, mas também desencadeou um novo e intrincado debate jurídico sobre a extensão dos direitos autorais a essas produções e a quem a titularidade destes direitos pode ser atribuída. Diante deste contexto, o presente artigo tem como objetivo investigar a intersecção entre os direitos autorais e a arte gerada por inteligência artificial, examinando quem é considerado o titular deles neste caso, com base no ordenamento jurídico brasileiro e na doutrina. Trata-se de uma questão bastante contemporânea, que enfrenta não apenas posicionamentos divergentes, sobre os quais se busca discorrer neste artigo, como também enfrenta o embate entre interesses privados de artistas e empresas e interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: direitos autorais; obras de arte; inteligência artificial.

ABSTRACT

The noticeable growth in the number and performance of artificial intelligence tools and platforms that enable the creation of a wide range of artworks, has not only had a significant impact on the art scene but also triggered a new and intricate legal debate about the extent of copyright to these productions and to whom the ownership of these rights can be attributed. In this context, this article aims to investigate the intersection between copyright law and art generated by artificial intelligence, examining who is considered the copyright holder in such cases, based on the Brazilian legal system and jurisprudence. This is a highly contemporary issue, facing not only divergent positions, which are sought to be discussed in this article, but also facing the clash between private interests of artists and companies and public interest.

KEYWORDS: Copyright; works of art; artificial intelligence.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o avanço da inteligência artificial (IA) tem levantado questões complexas sobre direitos autorais, especialmente no contexto da produção de obras de arte. Com a capacidade crescente da IA de criar obras originais, surge a necessidade de reavaliar os fundamentos tradicionais dos direitos autorais. Assim, serão examinados os

desafios legais enfrentados na atribuição de direitos autorais a obras de arte geradas por IA no Brasil, bem como as possíveis soluções propostas pela doutrina para eles.

No plano internacional, são facilmente encontrados diversos exemplos bastante interessantes de inteligência artificial capaz de criar arte. Este é o caso, por exemplo, dos robôs desenhados e construídos pelo projeto *PIX18*, coordenado pelo Professor Hod Lipson no Laboratório de Máquinas Criativas da Universidade de Columbia, os quais têm capacidade de pintar telas à óleo físicas.¹

Além deles, é possível mencionar a máquina de inteligência artificial treinada pelo artista turco Refik Anadol, a qual compilou e interpretou os dados públicos da coleção do Museu de Arte Moderna (MoMA), em Nova York, a partir de 380 mil imagens em alta resolução de mais de 180 mil obras do acervo. Com base nas informações adquiridas, a inteligência artificial produziu a obra generativa “*Unsupervised*”, apresentada também no MoMA, em 2022.²

Por fim, outro exemplo é a plataforma Midjourney, utilizada por Jason M. Allen, para a criação da obra “Teatro de Ópera Espacial”, a qual posteriormente foi vencedora da categoria Artes Digitais/Fotografia Digital Manipulada na Feira Estatal do Colorado, nos EUA.³

Além da crescente diversidade de exemplos de plataformas e obras artísticas criadas por inteligência artificial, aumentam também os debates jurídicos sobre o alcance da proteção autoral a elas, à ideia de autoria por não humanos e a quem atribuir a titularidade dos direitos autorais.

Diante disso, o presente artigo discorrerá sobre, respectivamente, a conceituação de inteligência artificial e a possibilidade de criação de obras de arte por meio dela, com a finalidade de se compreender o objeto da discussão; a forma o com que o ordenamento jurídico brasileiro entende as questões de autoria e titularidade dos direitos autorais em geral, e quais as leis aplicáveis; por fim, quais os dispositivos legais e posicionamentos doutrinários existentes quanto à atribuição da titularidade de direitos autorais especificamente em relação às obras de arte criadas inteligência artificial.

¹ GIANNINI, Alessandro. Arte ou truque? O avanço da inteligência artificial na criação de imagens. *VEJA*, 01 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/arte-ou-truque-o-avanco-da-inteligencia-artificial-na-criacao-de-imagens>. Acesso em: 24 mar. 2024.

² Sucesso no MoMA, obra feita com inteligência artificial de Refik Anadol poderá ser vista no The Town. *O Globo*, 07 de setembro de 2023. Acesso em: 28 mar. 2024.

³ Inteligência Artificial Ganha Concurso de Arte e Torna-se Alvo de Críticas. *Diário Econômico*, 05 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.diarioeconomico.co.mz/2022/09/05/trends/ai/inteligencia-artificial-ganha-concurso-de-arte-e-torna-se-alvo-de-criticas/>. Acesso em: 19 mar. 2024.

1. O CONCEITO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE OBRAS DE ARTE

Apenas a fim de se compreender o tratamento jurídico dado quanto à titularidade de direitos autorais a obras criadas por inteligência artificial, é preciso analisar o que esta significa.

A definição de inteligência artificial, não sendo um conceito jurídico em sua origem, requer um diálogo interdisciplinar.⁴ Não está completamente definida, até o momento, em nenhuma lei no ordenamento jurídico brasileiro e, por se tratar de ferramenta complexa cujas possibilidades não foram esgotadas, requer uma conceituação bastante técnica, aprofundada e atualizada – o que reforça a necessidade de busca dos conceitos no âmbito das Ciências da Informática.⁵

Por este motivo, são utilizados os conceitos formulados por estudiosos da informática, os divulgados pelas próprias empresas desenvolvedoras da inteligência artificial, tais como Adobe e IBM, e os que foram formulados ou adaptados pela doutrina brasileira, por juristas especializados em direito digital.

Para McCarthy, criador do termo inteligência artificial, esta corresponde à “teoria e o desenvolvimento de sistemas de computador capazes de realizar tarefas que normalmente requerem inteligência humana, como percepção visual, reconhecimento de fala, tomada de decisões e tradução entre línguas”.⁶

Já para Russel e Norvig, pode ser definida como uma ideia de agentes inteligentes, em que cada um deles é um sistema que percebe seu ambiente e realiza ações que maximizam suas chances de sucesso.⁷

Ainda, o pesquisador Lukas Ruthes Gonçalves afirma se tratar de

uma área de estudo focada em resolver problemas (ou criar máquinas que desempenhem essa função) que anteriormente somente a mente humana saberia responder. Desse modo, não se pode falar que exista ‘uma’ ou ‘a’ Inteligência Artificial. O

⁴ WACHOWICZ, Marcos. *Inteligência Artificial e Direitos Autorais*. Youtube, 15 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pr42SRnPc9o>. Acesso em: 22 fev. 2024.

⁵ WACHOWICZ, Marcos. *Inteligência Artificial e Direitos Autorais*. Youtube, 15 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pr42SRnPc9o>. Acesso em: 22 fev. 2024.

⁶ Conforme McCarthy (1955, apud GONÇALVES, 2019, p.32): “trata-se da teoria e o desenvolvimento de sistemas de computador capazes de realizar tarefas que normalmente requereriam inteligência humana, como percepção visual, reconhecimento de fala, tomada de decisões e tradução entre línguas”. GONÇALVES, Lucas Ruthes. A tutela jurídica de trabalhos criativos feitos por aplicações de inteligência artificial no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2019, p.32. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁷ RUSSELL, Stuart; NORVING, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 3. Ed. Harlow (UK): Pearson Education Limited, 2016, p.1-16.

que existem são uma série de diferentes aplicações que se utilizam de tecnologia avançada com o fim de suprir a capacidade de raciocínio humano em um uso ou outro (...). A IA engloba três elementos essenciais: o algoritmo, o *hardware* e os dados e informações.⁸

Com base nestes conceitos, adotando a ideia de que um dos principais elementos da inteligência artificial é o algoritmo, relevante a definição deste, que se trata de “um conjunto de instruções matemáticas, uma sequência de tarefas para alcançar um resultado esperado em um tempo limitado”.⁹

Além disso, o professor e jurista Marcos Wachowicz ressalta que a inteligência artificial é aquela que produz um resultado indeterminado e imprevisível. Todavia, destaca que um resultado indeterminado não significa aleatório.¹⁰

Por fim, a Inteligência Artificial pode ser dividida em duas categorias, conforme aponta a empresa norte americana International Business Machines Corporation (IBM), atuante na área de tecnologia da informação desde 1911: *Weak IA* (numa tradução livre, inteligência artificial “fraca”) e *Strong IA* (inteligência artificial “forte”).¹¹ A primeira corresponderia àquela treinada para realizar tarefas específicas, dependente da atuação humana, ao passo que a segunda teria consciência da própria capacidade de solucionar problemas, aprender por conta própria e fazer planos para o futuro, ultrapassando a inteligência e habilidade do cérebro humano. Esta última ainda é meramente teórica, não havendo exemplos concretos.

No que diz respeito à possibilidade de criação de arte por inteligência artificial, pode-se afirmar que o processo geralmente envolve o artista fornecendo instruções detalhadas à ferramenta, que então produz opções de imagens conforme a descrição fornecida, por meio de uma tecnologia que têm a capacidade de identificar padrões em vastos conjuntos de dados, utilizando essas informações para gerar o conteúdo solicitado por meio das instruções dadas.

Neste mesmo sentido, aponta-se que estas tecnologias são treinadas por inúmeros trabalhos de autoria humana preexistentes, e é com base neles que elas geram novos con-

⁸ GONÇALVES, Lucas Ruthes. *A tutela jurídica de trabalhos criativos feitos por aplicações de inteligência artificial no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2019, p.33.

⁹ KAUFMAN, Dora. Os Meandros da Inteligência Artificial: Conceitos-chave para Leigos. 2018. *Estadão*. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/os-meandros-da-inteligencia-artificial-conceitos-chave-para-leigos/>. Acesso em: 15 mar. 2024.

¹⁰ WACHOWICZ, Marcos. *Inteligência Artificial e Direitos Autorais*. Youtube, 15 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pr42SRnPc9o>. Acesso em: 22 fev. 2024.

¹¹ Types of artificial intelligence: weak AI vs. strong AI. *IBM*. Disponível em: <https://www.ibm.com/topics/artificial-intelligence>. Acesso em: 23 abr. 2024.

teúdos. Este processo pode ser um ponto de partida para a discussão sobre a autoria, pois, afinal, as obras de arte criadas pela inteligência artificial seriam baseadas num compilado de outras obras preexistentes – e criadas por outros artistas que não o usuário.

Desta forma, é possível identificar a diversidade de conceitos, explicações e exemplos encontrados não apenas no campo jurídico, como também – e principalmente – no meio da informática e ciência da computação. Além disso, não se pode olvidar que as transformações ocorrem em tempo real, enquanto o artigo é realizado, o que aumenta a quantidade de informações produzidas sobre o tema e as transforma constantemente, sendo necessária esta seleção de definições e posicionamentos mais relevantes até o momento.

2. OS DIREITOS AUTORAIS E SUA TITULARIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os Direitos Autorais dizem respeito àqueles direitos inerentes à pessoa natural, criadora de uma obra intelectual, seja ela literária, artística ou científica.¹² Foram recepcionados pelo direito brasileiro como direito de propriedade, equiparados como direitos reais, e considerados bens móveis.¹³

A Constituição Federal garantiu de forma explícita os direitos autorais ao apontar o direito ao aproveitamento econômico, à fiscalização da obra e a sua transmissão a herdeiros por parte do autor, nos incisos XXVII e XXVIII do Artigo 5º da Constituição Federal, conforme transcritos a seguir:

XXVII - aos autores cabe o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados nos termos da lei;

- a. a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e da voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b. o direito à fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.¹⁴

¹² ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; BRAUN, Michele. Os direitos autorais e conexos na lei 9.610/98. In: BOFF, Salete; FORTES, Vinicius Borges; MENEGAZZO, Andre Frandoloso; TOCHETTO, Gabriel Zanatta. *Propriedade intelectual: Marcos regulatórios*. Erechim: Deviant, 2017, p.84.

¹³ CONRADO, MARCELO. *Arte, Originalidade e Direitos Autorais*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2022, p.261.

¹⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

Além do que se verifica no texto constitucional, é válido consignar que atualmente a regulação do direito autoral é feita principalmente pela Lei 9.610, de 1998, chamada de Lei dos Direitos Autorais (LDA), cujo conteúdo diz respeito não apenas ao direito do autor propriamente dito, como também aos direitos conexos, que compreendem os direitos dos intérpretes, das organizações de radiodifusão e dos produtores fonográficos.¹⁵

Tanto os direitos do autor como os direitos conexos podem ser classificados em morais ou patrimoniais. Os primeiros, morais, têm como exemplo o direito de um autor reivindicar a autoria de sua obra e ter seu nome ou pseudônimo anunciado quando da utilização desta ou como o direito de manter a obra inédita e o de retirá-la de circulação, e assegurar a sua integridade contra a mutilação por terceiros.¹⁶ Já a segunda categoria, dos direitos patrimoniais, consiste “nas faculdades do autor/titular de uma obra de utilizar, fruir e dispor desta, tal como preceitua o art. 28 da LDA.¹⁷ Podem estes últimos ser objeto de transação.

Ademais, os direitos morais são indisponíveis e considerados pertencentes ao autor devido ao reconhecimento do seu esforço criativo e de que, com o surgimento da obra, está materializada a extensão da personalidade do autor.¹⁸ Já os direitos patrimoniais são disponíveis e resultado da exploração econômica da obra, advindo “da decisão do autor de comunicá-la ao público sob os modos que melhor atendam ao seu interesse, e fazer circular a obra no comércio das relações jurídicas e econômicas”.¹⁹

Explica o jurista Miguel Conrado que “essa classificação dualista é relevante, pois, na arte, uma obra é sempre vinculada ao autor. Em outras instâncias, o objeto fala por si, mas na arte a autoria necessita se fazer presente.”²⁰

Nos termos da Lei 9.610/98, ambos os direitos morais e patrimoniais são pertencentes ao autor sobre a obra que criou. Isto, portanto, torna necessário o entendimento do que se trata a autoria e como ela é atribuída, com base nesta mesma lei.

¹⁵ GONÇALVES, Lucas Ruthes. *A tutela jurídica de trabalhos criativos feitos por aplicações de inteligência artificial no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2019, p. 98-100. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/10/DISSER-TA%C3%87%C3%83O-Lukas-Ruthes_Direito-e-Inteligencia-Artificial.pdf. Acesso em: 10 mar. 2024.

¹⁶ SCHIRRU, Luca. *Direito autoral e inteligência artificial: Autoria e titularidade nos produtos da IA*. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2020, p. 147. Disponível em: https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Teses/2020/Vers%C3%A3o%20final_Tese%20Luca_PDFA.pdf. Acesso em: 22 abr. 2024.

¹⁷ SCHIRRU, Luca, ref. 16, p.150.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 69.

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 69.

²⁰ CONRADO, MARCELO. *Arte, Originalidade e Direitos Autorais*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2022, p.285.

A Convenção de Berna, que é fundamento para a Lei de Direitos Autorais, indica, na atribuição de autoria de determinada obra, a pessoa física do autor ou dos autores. Isto já poderia significar um grande entrave para o reconhecimento de autoria de uma inteligência artificial²¹, visto que ela (claramente) não é pessoa física.

A lei brasileira segue o mesmo norte, exceptuando casos – de direitos disponíveis – em que se possa proteger da mesma forma que o autor também a pessoa jurídica, conforme se pode observar dos trechos destacados a seguir:

Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.

Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.

Além disso, a Convenção de Berna, conforme última revisão em 1971, e a legislação brasileira em vigor, estipularam que, a menos que haja evidência em contrário, o reconhecimento de autoria de uma obra intelectual deve ser dado àquele que, de acordo com uma das formas de identificação, tais como nome civil, completo ou abreviado, incluindo suas iniciais, pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional, tenha sido indicado ou anunciado como autor durante sua utilização, seguindo as práticas usuais.²² Ou seja, em geral, o titular dos direitos de determinada obra, no ordenamento jurídico brasileiro, é seu autor, e o autor é aquele que a criou e foi devidamente identificado como tal.

Neste sentido, a titularidade dos direitos autorais no Brasil, que compreende direitos patrimoniais e direitos morais, está intrinsecamente ligada ao reconhecimento da autoria da obra, mas não necessariamente será concomitante a ela²³, podendo os direitos autorais serem cedidos a terceiro.²⁴

Desta forma, no Brasil, a autoria e a titularidade de direitos autorais são, em geral, concomitantes, havendo, porém, exceções. Além disso, ressalta-se a necessidade da presença humana para configuração de autoria.

²¹ WACHOWICZ, Marcos. *Inteligência Artificial e Direitos Autorais*. Youtube, 15 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pr42SRnPc9o>. Acesso em: 22 fev. 2024.

²² NETTO, José Carlos C. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 76. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624634/>. Acesso em: 21 mar. 2024.

²³ PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos autorais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. E-book. p. 39.

²⁴ SCHIRRU, Luca. *Direito autoral e inteligência artificial: Autoria e titularidade nos produtos da IA*. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2020, p. 150. Disponível em: https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Teses/2020/Vers%C3%A3o%20final_Tese%20Luca_PDFa.pdf. Acesso em: 22 abr. 2024.

3. A TITULARIDADE DE DIREITOS AUTORAIS DAS OBRAS DE ARTE CRIADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei n. 9609/98 dispõe sobre a proteção à propriedade intelectual de programa de computador (*software*) e, nos termos de seu artigo 2º, confere o mesmo regime de proteção que o das obras literárias, disposto na Lei de Direitos Autorais.

À primeira vista, esta lei parece se tratar de matéria similar à inteligência artificial, surgindo o questionamento se seria aplicável a esta última. No entanto, *software* e inteligência artificial não são iguais. Ao passo que o primeiro se trata do desempenho por um computador de determinada função, a segunda, conforme já explicado anteriormente, produz resultado indeterminado.²⁵ Portanto, a Lei n. 9609/98 não alcança a inteligência artificial.

Diante da inexistência de lei que diretamente regule as IAs no Brasil, foi proposto o Projeto de Lei n.1473/2023, que, conforme expõe sua ementa,

torna obrigatória a disponibilização, por parte das empresas que operam sistemas de inteligência artificial, de ferramentas que garantam aos autores de conteúdo na internet a possibilidade de restringir o uso de seus materiais pelos algoritmos de inteligência artificial, com o objetivo de preservar os direitos ²⁶autorais.

No que diz respeito à arte criada por inteligência artificial, a qual é criada com base justamente em outras artes e materiais preexistentes, pode-se questionar se estaria desprotegida em relação aos direitos autorais, e se, com isso, reconhecer-se-ia somente a proteção dos autores da “matéria-prima” na qual foi baseada. Não haveria autoria, também, na arte resultante?

Para responder a esta pergunta, faz-se necessário emprestar o conceito de autoria entendido pelo campo artístico, bem explicado nas palavras do Professor Miguel Conrado²⁷:

²⁵ WACHOWICZ, Marcos. *Inteligência Artificial e Direitos Autorais*. Youtube, 15 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pr42SRnPc9o>. Acesso em: 22 fev. 2024.

²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº1473, de 28 de março de 2023*. Torna obrigatória a disponibilização, por parte das empresas que operam sistemas de inteligência artificial, de ferramentas que garantam aos autores de conteúdo na internet a possibilidade de restringir o uso de seus materiais pelos algoritmos de inteligência artificial, com o objetivo de preservar os direitos autorais. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mos-trarintegra?codteor=2251301&filename=Tramitacao-PL%201473/2023 . Acesso em: 24 mar. 2024.

²⁷ CONRADO CONRADO, MARCELO. *Arte, Originalidade e Direitos Autorais*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2022, p.105.

O conceito de autoria na arte é pensado antes e depois de Duchamp. Após o dadaísmo, artista não é apenas aquele que faz por meio das habilidades nas mãos, mas é aquele que escolhe. O artista que antes exercitava as mãos, passou a trabalhar com os olhos. (...) todavia, a escolha do artista não é aleatória, mas intencional, deliberada.

Esta ideia, com os devidos cuidados, pode ser observada na arte criada por inteligência artificial e provocar a reflexão sobre o reconhecimento de autoria não apenas do artista que criou com suas próprias mãos, mas também daquele que escolheu, criou os comandos e treinou a inteligência artificial.

Visto que até o momento não há legislação que trate disso no Brasil, e que o Projeto de Lei também não se manifesta sobre a autoria e titularidade das obras que resultam da utilização de inteligência artificial, mas tão somente das que são fonte para as criações, é preciso observar o que manifesta a doutrina acerca da atribuição de titularidade.

Dentre os mais diversos posicionamentos doutrinários existentes, podem ser destacados quatro principais, quanto à titularidade de obras criadas por inteligência artificial.

O primeiro, seria o de que as obras de inteligência artificial são de domínio público, considerando a impossibilidade de se precisar o autor.²⁸ Tendo em vista que a autoria é reconhecida às pessoas físicas, nos termos da Lei de Direitos Autorais, e que a inteligência artificial é *sui generis*, isto poderia ser óbice para reconhecê-la como autora titular dos direitos autorais.

A partir disso, entende-se que, com base na legislação vigente, a inteligência artificial não poderia ser considerada autora, visto que não preenche o requisito essencial para autoria: a condição necessariamente humana.²⁹ Além disso, o pesquisador Luca Schirru vai mais além, e aponta que a criação resultante da atuação dos sistemas de IA não poderia ser considerada obra intelectual por ausência de originalidade subjetiva.³⁰ Estes aspectos – ou a carência deles –, portanto, significam que tais obras estariam abarcadas pelo domínio público.

²⁸ BOFF, Salete. ABIDO, Leonardo. *O Direito de Autor no Brasil de Obras Produzidas pela Inteligência Artificial*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade Mineira de Direito, 2020, p. 311. Disponível em <https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/22269/16925>. Acesso em: 18 mar. 2024.

²⁹ SCHIRRU, Luca. *Direito autoral e inteligência artificial: Autoria e titularidade nos produtos da IA*. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2020, p. 302. Disponível em: https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Teses/2020/Vers%C3%A3o%20final_Tese%20Luca_PDFa.pdf. Acesso em: 22 abr. 2024.

³⁰ SCHIRRU, Luca. *Direito autoral e inteligência artificial: Autoria e titularidade nos produtos da IA*. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2020, p. 302. Disponível em: https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Teses/2020/Vers%C3%A3o%20final_Tese%20Luca_PDFa.pdf. Acesso em: 22 abr. 2024.

Schönberger é defensor da entrada dos produtos da IA no domínio público, por visualizar os benefícios ao interesse público:

O que seria tão negativo em criações de robôs caírem em domínio público? Não seria uma chance de promover o nascimento a novos gêneros artísticos e áreas de inovação absolutamente novas, onde humanos possam construir livremente sobre produtos iniciais da operação de máquinas? Os frutos da IA devem ser usados para o bem da sociedade. Não devemos tratar robôs de maneira idêntica, porque o resultado deles simplesmente não pode ser comparado com o fenômeno da criatividade humana. Aproximando-se rapidamente de uma nova era de coexistência homem-máquina, nós temos que ser cautelosos em não fazer as escolhas erradas e defender esse espaço intrinsecamente humano que é a criatividade.³¹

A crítica a este posicionamento, porém, é que o domínio público é utilizado, em geral, quando finda o prazo de proteção autoral sobre determinada obra, ou quando é desconhecido o autor.³² Por não se enquadrarem em nenhuma destas situações, para parte da doutrina, como para Boff e Abido, não seria a solução jurídica mais adequada designar as obras de arte criadas por IA como domínio público³³. Mesmo assim, a ideia de impossibilidade de reconhecimento de autoria às obras criadas por inteligência artificial é bastante forte.

Nos Estados Unidos, esta ideia foi base para o entendimento adotado no julgamento do caso *Thaler v. Perlmutter*.³⁴ Trata-se de ação movida por Stephen Thaler em face do Escritório de Direitos Autorais estadunidense (USCO), após este negar o registro de uma obra de artes visuais produzida pela máquina de Inteligência Autoral que Thaler criou, chamada “Creativity Machine”, requerendo que a obra fosse registrada e recaíssem os direitos autorais sobre ela.³⁵

³¹ Schönberger (*apud* SCHIRRU, 2020, p.303).

SCHIRRU, Luca. *Direito autoral e inteligência artificial: Autoria e titularidade nos produtos da IA*. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2020, p. 302. Disponível em: https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Teses/2020/Vers%C3%A3o%20final_Tese%20Luca_PDFA.pdf. Acesso em: 22 abr. 2024.

³² BOFF, Salete. ABIDO, Leonardo. *O Direito de Autor no Brasil de Obras Produzidas pela Inteligência Artificial*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade Mineira de Direito, 2020, p.311. Disponível em <https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/22269/16925>. Acesso em: 18 mar. 2024.

³³ BOFF, Salete. ABIDO, Leonardo. *O Direito de Autor no Brasil de Obras Produzidas pela Inteligência Artificial*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, 2020, p.311. Disponível em <https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/22269/16925>. Acesso em: 18 mar. 2024.

³⁴ EUA. District Court for the District of Columbia. *Thaler v. Perlmutter*. Columbia, 18 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.bloomberglaw.com/public/desktop/document/THALERVPERLMUTTERetal-DocketNo122cv01564DDCJun022022CourtDocket/5?doc_id=X7E62VT5QQT84BRJVKSNVMDPLJV. Acesso em: 25 mar. 2024.

³⁵ EUA. District Court for the District of Columbia. *Thaler v. Perlmutter*. Columbia, 18 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.bloomberglaw.com/public/desktop/document/THALERVPERLMUTTERetal-DocketNo122cv01564DDCJun022022CourtDocket/5?doc_id=X7E62VT5QQT84BRJVKSNVMDPLJV.

Ainda, a decisão sugeriu que, para obter proteção de direitos autorais em obras geradas por IA, é necessário que haja contribuições humanas significativas, o que coaduna com a ideia da necessidade de originalidade, e, ainda que pudesse se tratar de um trabalho por encomenda, exigir-se-ia que o criador “contratado” fosse humano.³⁶ Com isso, restou concluído que, embora a IA possa ser uma ferramenta criativa, apenas os humanos podem ser considerados autores e detentores de direitos autorais – o que converge com o primeiro posicionamento doutrinário apresentado.

Uma segunda posição doutrinária possível seria a de que a titularidade da obra seria da empresa desenvolvedora da inteligência artificial utilizada. Isto se daria por meio de uma leitura analógica da Lei nº 9.609/98, em especial seu artigo 4º, que dispõe que:

Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.³⁷

No entanto, Boff e Abido observam certas lacunas nesta possibilidade, visto que devido ao alto valor de mercado, a maioria dos sistemas de IA são de propriedade de grandes empresas, que geralmente detêm os direitos por meio de cláusulas contratuais mas que, com o avanço tecnológico, é possível que qualquer pessoa física ou jurídica futuramente desenvolva esses sistemas e seja a autora da obra [de arte] por ele criada.³⁸ Isso levanta questões sobre a interpretação analógica desta lei, especialmente pelo fato de nem sempre se tratar de um vínculo empregatício do programa desenvolvedor da obra com seu autor.

DocketNo122cv01564DDCJun022022CourtDocket/5?doc_id=X7E62VT5QQT84BRJVKSNVMDPLJV. Acesso em: 25 mar. 2024.

³⁶ EUA. District Court for the District of Columbia. *Thaler v. Perlmutter*. Columbia, 18 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.bloomberglaw.com/public/desktop/document/THALERvPERLMUTTERRetal-DocketNo122cv01564DDCJun022022CourtDocket/5?doc_id=X7E62VT5QQT84BRJVKSNVMDPLJV. Acesso em: 25 mar. 2024.

³⁷ BRASIL. *Lei Nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

³⁸ BOFF, Salete. ABIDO, Leonardo. O Direito de Autor no Brasil de Obras Produzidas pela Inteligência Artificial. Belo Horizonte: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, 2020, p. 312. Disponível em <https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/22269/16925>. Acesso em: 18 mar. 2024.

Em seguida, é possível observar uma terceira posição doutrinária, a de que a titularidade seria do programador/usuário da inteligência artificial, aquele que dá os comandos e idealiza o resultado, a obra de arte criada, ainda que abstratamente. Explicam os autores Boff e Abido, que:

o programador possui uma atuação fundamental no funcionamento desses sistemas. Ele seria o responsável, por exemplo, pela alimentação (os inputs) desse sistema com as informações que considera essencial para o pleno desenvolvimento da tarefa, bem como é o mesmo programador que define alguns parâmetros de atuação da máquina.³⁹

Por este motivo, diante da relevante atuação do programador na utilização do sistema de IA, perquirindo o resultado artístico desejado, pareceria razoável atribuir a ele os direitos autorais da mesma forma que se atribuiria a um artista plástico em geral, que não utilizou da ferramenta de IA.

No entanto, a crítica que pode ser feita a esta perspectiva é a de que, nem sempre, será possível avaliar o nível da intervenção e originalidade humana para a criação da arte. Especialmente no caso de *Strong AIs*, pode se tornar pouco provável a necessidade de programadores/usuários que nela interfiram, o que reduz o elemento humano tão essencial ao conceito de autoria, nos termos do artigo 11 da Lei 9.610 de 1998.

Por fim, o quarto posicionamento existente é o de que se deve criar novo direito conexo a fim de que a empresa desenvolvedora da IA receba o retorno econômico da obra⁴⁰. Neste caso, “a proteção garantida aos direitos conexos estaria fundamentada não necessariamente em uma ‘criação artística’, mas poderia estar fundada no emprego de ‘uma técnica, extremamente complexa e valiosa, mas em todo o caso industrial’”⁴¹. Trata-se de uma ideia complexa, que envolve a inovação legislativa e criação de um novo direito conexo.

CONCLUSÃO

A questão da titularidade dos direitos autorais das obras de arte geradas por inteligência artificial é um tema complexo e ainda não totalmente regulamentado no Brasil.

³⁹ BOFF, Salete. ABIDO, Leonardo. O Direito de Autor no Brasil de Obras Produzidas pela Inteligência Artificial. Belo Horizonte: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, 2020, p. 312. Disponível em <https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/22269/16925>. Acesso em: 18 mar. 2024.

⁴⁰ WACHOWICZ, Marcos. *Inteligência Artificial e Direitos Autorais*. Youtube, 15 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pr42SRnPc9o>. Acesso em: 22 fev. 2024.

⁴¹ SCHIRRU, Luca. *Direito autoral e inteligência artificial: Autoria e titularidade nos produtos da IA*. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2020, p. 288. Disponível em: https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Teses/2020/Vers%C3%A3o%20final_Tese%20Luca_PDFa.pdf. Acesso em: 22 abr. 2024.

Embora a legislação brasileira reconheça a possibilidade de atribuição de direitos autorais, por exemplo, a pessoas jurídicas desenvolvedoras de softwares, a ausência de disposições específicas sobre inteligência artificial deixa um vácuo legal significativo.

A diversidade de posicionamentos na doutrina reflete a complexidade do tema, com algumas sugestões que incluem considerar as obras de IA como domínio público, atribuir a titularidade aos desenvolvedores de IA ou aos usuários da tecnologia, ou até mesmo criar novos direitos conexos. No entanto, a recente decisão nos EUA, no caso *Thaler vs. Perlmutter*, ressalta a importância da autoria humana na proteção dos direitos autorais, o que pode influenciar futuras abordagens jurisprudenciais no Brasil e em outros países.

Dessarte, é crucial que o Brasil avance na discussão legislativa e jurisprudencial sobre o tema, considerando não apenas a proteção dos direitos autorais, mas também questões éticas e econômicas relacionadas à criação e distribuição de obras de arte geradas por inteligência artificial. Uma abordagem equilibrada e atualizada é essencial para garantir a justa proteção dos interesses dos criadores, desenvolvedores e usuários de tecnologias de IA, promovendo ao mesmo tempo a inovação e o desenvolvimento cultural.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; BRAUN, Michele. Os direitos autorais e conexos na Lei 9.610/98. In: BOFF, Salete; FORTES, Vinicius Borges; MENEGAZZO, André Frandoloso; TOCHETTO, Gabriel Zanatta. *Propriedade intelectual: marcos regulatórios*. Erechim: Deviant, 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOFF, Salete; ABIDO, Leonardo. O Direito de Autor no Brasil de Obras Produzidas pela Inteligência Artificial. Belo Horizonte: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, 2020. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/22269/16925>. Acesso em: 18 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre o direito autoral. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1473, de 28 de março de 2023*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2251301&filename=Tramitacao-PL%201473/2023. Acesso em: 24 mar. 2024.

CONRADO, Marcelo. *Arte, Originalidade e Direitos Autorais*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2022.

EUA. District Court for the District of Columbia. Thaler v. Perlmutter. Columbia, 18 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.bloomberglaw.com/public/desktop/document/THALERvPERLMUTTERetalDocketNo122cv01564DDCJun022022CourtDocket/5?doc_id=X7E62VT5QQT84BRJVKSNVM-DPLJV. Acesso em: 25 mar. 2024.

GIANNINI, Alessandro. Arte ou truque? O avanço da inteligência artificial na criação de imagens. *VEJA*, 01 jan. 2023. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/arte-ou-truque-o-avanco-da-inteligencia-artificial-na-criacao-de-imagens>. Acesso em: 24 mar. 2024.

GONÇALVES, Lucas Ruthes. *A tutela jurídica de trabalhos criativos feitos por aplicações de inteligência artificial no Brasil*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/10/DISSER-TA%C3%87%C3%830-Lukas-Ruthes_Direito-e-Inteligencia-Artificial.pdf. Acesso em: 10 mar. 2024.

Inteligência Artificial Ganha Concurso de Arte e Torna-se Alvo de Críticas. *Diário Econômico*, 05 set. 2022. Disponível em: <https://www.diarioeconomico.co.mz/2022/09/05/trends/ai/inteligencia-artificial-ganha-concurso-de-arte-e-torna-se-alvo-de-criticas/>. Acesso em: 19 mar. 2024.

KAUFMAN, Dora. *Os Meandros da Inteligência Artificial: Conceitos-chave para Leigos*. 2018. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/os-meandros-da-inteligencia-artificial-conceitos-chave-para-leigos/>. Acesso em: 15 mar. 2024.

NETTO, José Carlos C. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624634/>. Acesso em: 21 mar. 2024.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos autorais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. E-book. p. 39.

RUSSELL, Stuart; NORVING, Peter. *Artificial Intelligence: a modern approach*. 3. ed. Harlow (UK): Pearson Education Limited, 2016.

SCHIRRU, Luca. *Direito autoral e inteligência artificial: autoria e titularidade nos produtos da IA*. 2020. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Teses/2020/Vers%C3%A3o%20final_Tese%20Luca_PDFa.pdf. Acesso em: 22 abr. 2024.

Sucesso no MoMA, obra feita com inteligência artificial de Refik Anadol poderá ser vista no The Town. *O Globo*, 07 set. 2023. Acesso em: 28 mar. 2024.

Types of artificial intelligence: weak AI vs. strong AI. *IBM*. Disponível em: <https://www.ibm.com/topics/artificial-intelligence>. Acesso em: 23 abr. 2024.

WACHOWICZ, Marcos. *Inteligência Artificial e Direitos Autorais*. Youtube, 15 ago. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pr42SRnPc9o>. Acesso em: 22 fev. 2024.

WACHOWICZ, Marcos; GONÇALVES, Lukas Reuthes. *Inteligência Artificial e Criatividade: novos conceitos na propriedade intelectual*. Curitiba: GEDAI, 2019. Disponível em: <https://gedai.com.br/inteligencia-artificial-criatividade-novos-conceitos-na-propriedade-intelectual/>. Acesso em: 18 abr. 2024.

DIREITO AMBIENTAL E PROTEÇÃO DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS

POVOS ORIGINÁRIOS E MUDANÇAS CLIMÁTICAS: COMO AS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PODEM CONTRIBUIR COM A LITIGÂNCIA CLIMÁTICA

Cristian Mallmann

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar como os povos originários, com enfoque naqueles que vivem no Brasil, são afetados pelas mudanças climáticas e como o seu modo de vida contribui fortemente para preservação do meio ambiente, por conseguinte, para toda a sociedade. Mesmo já havendo vários campos do direito que compreendam e se debruçam a pensar formas de luta e resistência dos direitos dos povos originários, muito ainda precisa ser feito para evitar que retrocessos ocorram, podendo-se citar o avanço das discussões acerca do Marco Temporal, tanto no STF quanto na Câmara dos Deputados. Nessa toada, verificar como tais populações necessitam de um contato próximo com a terra e como isso é imprescindível para a manutenção e a preservação da sua cultura, para então analisar como retrocessos como o Marco Temporal podem ocasionar a ocupação de determinados territórios em nome do agronegócio, incidindo em alterações no meio ambiente, e, por consequência, provocando mudanças climáticas como a liberação de CO₂ na atmosfera como fruto do desmatamento. Sendo de extrema importância compreender a proposta e o avanço do Marco temporal, tanto para as culturas indígenas quanto para a sociedade como um todo. Para tanto, foi necessário estabelecer um marco documental como, por exemplo, a análise dos desdobramentos do Marco Temporal no STF além de compreender como a preservação da cultura, religiosidade e a demarcação das terras que tradicionalmente foram ocupadas pelos povos indígenas podem contribuir para a preservação do meio ambiente, e, por consequência, podem auxiliar na litigância climática. Portanto, pode-se concluir que o Marco Temporal e a inércia estatal em não demarcar tais terras corrobora com o aumento do apagamento histórico e cultural de tais populações que já imensamente estavam ameaçadas por atrocidades que lhe foram acometidas desde os períodos coloniais.

PALAVRAS - CHAVE: Povos indígenas; Mudanças climáticas; Marco Temporal; Preservação ambiental.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo analizar cómo los pueblos originarios, con un enfoque en aquellos que viven en Brasil, son afectados por los cambios climáticos y cómo su modo de vida contribuye fuertemente a la preservación del medio ambiente, y por ende, a toda la sociedad. Aunque ya existen varios campos del derecho que comprenden y se ocupan de pensar en formas de lucha

y resistencia de los derechos de los pueblos originarios, aún queda mucho por hacer para evitar retrocesos, como el avance de las discusiones sobre el Marco Temporal, tanto en la Corte Suprema como en la Cámara de Diputados. En esta línea, se verifica cómo estas poblaciones necesitan un contacto cercano con la tierra y cómo esto es imprescindible para el mantenimiento y la preservación de su cultura, para luego analizar cómo retrocesos como el Marco Temporal pueden ocasionar la ocupación de determinados territorios en nombre del agronegocio, lo que incide en alteraciones en el medio ambiente y, por consiguiente, provoca cambios climáticos como la liberación de CO2 en la atmósfera como resultado de la deforestación. Es de suma importancia comprender la propuesta y el avance del Marco Temporal, tanto para las culturas indígenas como para la sociedad en su conjunto. Para ello, fue necesario establecer un marco documental como, por ejemplo, el análisis de los desdoblamientos del Marco Temporal en la Corte Suprema además de comprender cómo la preservación de la cultura, religiosidad y la demarcación de las tierras que tradicionalmente fueron ocupadas por los pueblos indígenas pueden contribuir a la preservación del medio ambiente, y, por consiguiente, pueden ayudar en la litigación climática. Por lo tanto, se puede concluir que el Marco Temporal y la inercia estatal en no demarcar dichas tierras corrobora con el aumento del borrado histórico y cultural de tales poblaciones que ya estaban inmensamente amenazadas por atrocidades que les fueron cometidas desde los períodos coloniales.

PALABRAS - CLAVE: *Pueblos originarios; cambio climático; marco temporal; preservación ambiental.*

INTRODUÇÃO

Os povos indígenas americanos possuem uma importância ímpar na proteção do meio ambiente, sendo reconhecidos como guardiões das terras que hoje chamamos de tradicionalmente ocupadas.

Esses povos, muitas vezes marginalizados e esquecidos, possuem um profundo conhecimento da natureza e uma relação intrincada com o meio ambiente que os cerca. No entanto, as mudanças climáticas representam uma ameaça cada vez maior para essas terras e para os povos que delas dependem.

Nesta era de crescente conscientização ambiental, é imperativo olhar para esses povos e suas terras como fontes de aprendizado valioso para construir uma relação humana mais harmoniosa com a natureza.

Nesta pesquisa, exploraremos a interseção entre os povos originários e as mudanças climáticas, destacando a importância das terras tradicionalmente ocupadas como locais de conhecimento e resistência, e como os ensinamentos desses povos podem nos guiar em direção a um futuro minimamente sustentável.

O tema de estudo aqui abordado é de fundamental importância, pois tais povos são detentores de conhecimentos milenares, desenvolvendo culturas, línguas e sistemas

de conhecimento únicos, profundamente enraizados em suas conexões com a terra e os ecossistemas locais.

Ao longo de gerações, esses povos desenvolveram uma sabedoria profunda sobre como viver em harmonia com a natureza. Suas práticas de manejo de recursos naturais, agricultura sustentável e medicina tradicional são exemplos notáveis de sistemas de conhecimento que valorizam a conservação e o respeito pela terra.

As terras tidas como santuários de preservação e biodiversidade, porém, tais relações de vida com a natureza se encontram profundamente abaladas com o avanço de projetos de lei como o Marco Temporal, que busca deslegitimar a ocupação de terras por tais povos, além da intensificação das mudanças climáticas que acabam por alterar todo o ambiente em que vivemos.

As mudanças climáticas, causadas principalmente pela atividade humana, estão desencadeando uma série de impactos devastadores em todo o mundo. O aumento das temperaturas, as secas prolongadas, as enchentes intensas e a elevação do nível do mar estão ameaçando as terras tradicionalmente ocupadas e as formas de vida que nelas existem. Para os povos originários, essa ameaça é especialmente significativa, pois suas culturas, identidades e subsistência estão intrinsecamente ligadas à terra.

À medida que os ecossistemas sofrem alterações drásticas devido às mudanças climáticas, os povos originários enfrentam desafios que vão desde a escassez de alimentos até a perda de território. Além disso, essas mudanças climáticas podem comprometer o conhecimento transmitido de geração em geração, uma vez que as práticas tradicionais podem se tornar inadequadas em face das novas realidades ambientais.

No entanto, ao invés de serem meras vítimas das mudanças climáticas, os povos originários frequentemente se tornam líderes na busca de soluções resilientes e sustentáveis. Como é possível analisar pelas movimentações políticas realizadas pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), buscando deslegitimar o movimento favorável ao Marco Temporal.

Ao longo da pesquisa, irei abordar a forma com a qual as mudanças climáticas impactam não somente o modo de vida dos povos indígenas, mais especificamente, os povos indígenas brasileiros, alterando a sua ligação intrínseca com as terras tradicionalmente ocupadas, mas também como o Direito lida com tais questões e como tais fatores influenciam na vida de todos e todas as brasileiras.

1. O DIREITO À TERRA E OS POVOS INDÍGENAS

O direito à terra é uma questão essencial para os povos indígenas em todo o mundo, pois está intrinsecamente ligado às suas identidades culturais, sociais e espirituais.

Ao longo de gerações, essas comunidades têm sido guardiãs de suas terras ancestrais, desempenhando um papel crucial na preservação da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais.

Infelizmente, os povos indígenas enfrentam sérios desafios na luta por esse direito. A expansão descontrolada da atividade agrícola, o desmatamento, a exploração de recursos minerais e projetos de infraestrutura têm ameaçado suas terras e formas de vida. A falta de reconhecimento legal e políticas governamentais inadequadas têm contribuído para a marginalização dessas comunidades.

Noutro giro, a propriedade na grande maioria dos sistemas jurídicos do mundo é vista como um denominador comum que busca a perpetuação do acesso à terra de alguns indivíduos já previamente denominados¹.

Além disso, grande parte das instituições mundo afora compreendem o direito à terra, por consequência a propriedade da terra, como um direito fundamental. Contudo, tais sistemas jurídicos ainda não solucionaram a questão da distribuição igualitária da terra ou quem vai ter o pleno direito de acessar tais terras.

Por consequência, pode-se compreender a partir dos entendimentos de Gilbert² que o direito à perspectiva estando presente em documentos como a Declaração Francesa do Homem e do Cidadão que apenas protegem o direito de propriedade de alguns certos indivíduos que pudessem acessar esse direito, estando discriminado como sendo um direito fundamental. Enquanto isso, outros indivíduos ainda ficam à mercê da própria sorte dentro desse mesmo sistema capitalista.

A proteção e reconhecimento do direito à terra dos povos indígenas são fundamentais para promover a justiça social e os direitos humanos. Acordos internacionais, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, são essenciais para garantir a salvaguarda de seus territórios e sua participação nas decisões que os afetam³.

Uma abordagem inclusiva e sustentável para a gestão da terra é necessária para preservar o meio ambiente e enfrentar desafios globais, como as mudanças climáticas. Além disso, respeitar o direito à terra dos povos indígenas é uma questão de reconhecimento e respeito à diversidade cultural e aos conhecimentos acumulados ao longo dos séculos por essas comunidades.

¹ GILBERT, Jérémie. Direito à Terra como Direito Humano: Argumentos em prol de um Direito Específico à Terra. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, SUR, ed. 18, 2013, p. 121.

² GILBERT, Jérémie. Direito à Terra como Direito Humano: Argumentos em prol de um Direito Específico à Terra. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, SUR, ed. 18, 2013, p. 121.

³ GILBERT, Jérémie. Direito à Terra como Direito Humano: Argumentos em prol de um Direito Específico à Terra. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, SUR, ed. 18, 2013, p. 123.

Assegurar o direito à terra dos povos indígenas é mais do que apenas uma questão legal; é um ato de reconhecimento e respeito pela diversidade cultural e pela sabedoria transmitida através das gerações. Somente por meio do diálogo intercultural e da colaboração podemos caminhar rumo a um futuro mais justo e sustentável para todos.

Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu no caso *Awas Tingni vs. Nicarágua*, o caráter coletivo do direito à terra daquele povo, ligado à religiosidade e à cultura. A Corte afirmou em sua decisão que os povos indígenas têm o direito coletivo à propriedade das terras que tradicionalmente usam e ocupam, e que esse direito à propriedade se fundamenta no direito costumeiro dos próprios povos indígenas existindo, portanto, independentemente do reconhecimento através de títulos do governo sobre tais terras.

2. DIREITO À TERRA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E O PL 490/2007

É preciso observar as mudanças institucionais que vinham ocorrendo nos últimos anos do século XX, com as suas rupturas jurídico e sociais com o passado colonial, o que nas palavras de Florestan Fernandes: “iria perpetuar-se e servir de suporte à construção de uma nova sociedade nacional»⁴.

Com o advento da Constituição de 1988, os povos indígenas começaram a ter seus direitos positivados e assegurados pelo estado brasileiro, mas ainda sim, encontram diversas resistências para que seus direitos sejam de fato cumpridos e assegurados pela lei.

Assim, a Constituição mudou de forma significativa a interpretação jurídico social que o próprio país tinha com seus povos indígenas. Reconhecido, por sua vez, a capacidade civil dos povos indígenas, abandonando o pressuposto integracionista que outras constituições vinham a tomar. Além disso, superando a concessão de tutela aos povos indígenas brasileiros.

A principal demanda da vida indígena, a terra, é apresentada como condição fundamental para a continuidade da vida e da saúde, a reprodução social, sua autodeterminação e seu pleno desenvolvimento. De acordo com a Constituição Federal de 1988, nos termos da Funai⁵:

Terra Indígena (TI) é uma porção do território nacional, de propriedade da União, habitada por um ou mais povos indígenas, por ele(s) utilizada para suas atividades

⁴ FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2005.

⁵ FUNAI – FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Política Indigenista*, 2016. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/>. Acesso em: ago. 2023.

produtivas, imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessária à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Trata-se de um tipo específico de posse, de natureza originária e coletiva, que não se confunde com o conceito civilista de propriedade privada.

Nesse sentido, a interpretação do Projeto de Lei 490/2007 que buscava deslegitimar todas aquelas terras que não possuem registro de ocupação anterior à Constituição vigente. Representando nada mais que um abafamento e o sufocamento da memória e cultura do povo indígena brasileiro, se articulando de dentro para fora das instituições, restringindo seus direitos de posse e usufruto de suas terras ocupadas por seus ancestrais.

Assim, não se trata de compreender ocupação tradicional como posse imemorial, como quiseram parecer crer os Ministros do STF, pois evidente que os conceitos não se confundem, tanto que essa discussão foi superada ainda quando da elaboração da atual Constituição. Tampouco, o próprio termo “posse imemorial” remete a algo que não se tem mais memória, porém a memória que vincula essas terras em discussão a estas pessoas ainda está viva.

Dessa forma, a concepção dos territórios indígenas como espaços de memória na construção de identidades e manutenção de sua cultura é fundamental para a preservação da cultura nacional, assim, com o objetivo de pacificação de conflitos judiciais se observa no extrato do voto-vista da Min. Carmem Lúcia no julgamento do RMS 29087, que entendia que a jurisprudência do STF necessitava ser alterada, pois não havia um entendimento do que seria a ocupação “tradicional de um território”. Sendo uma parte fundamental para os julgados desse gênero:

(...) O marco temporal relaciona-se com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária. Caso contrário, em nada adiantaria o estabelecimento de tais limites, que não serviriam para evitar a ocorrência de conflitos fundiários. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, repita-se, não compreende a palavra “tradicionalmente” como posse imemorial⁶.

Tal entendimento foi adotado pelo então ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto, em seu julgamento referente ao processo de demarcação de mais de 1,67 milhões de hectares, na Terra Indígena Serra Raposa do Sol, em Roraima, que ficou parado cerca de 30 anos.

Ainda o ministro reafirma que o direito à terra dessas populações não há como haver preclusão ou apagamento pois tendo em vista que estes povos já se encontravam

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EX 1.017.365-MS. Relator Luiz Edson Fachin. Disponível em: re-1017365-parecer-posse-indigena-marco-temporal.pdf (cimi.org.br). Acesso em: 22 abr. 2023.

habitando o Brasil antes mesmo da ideia de Brasil existir. Por outro lado, o ministro ainda afirma que o único argumento se fazendo valer da condição da data da promulgação da constituição é algo retórico:

O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a preocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios⁷.

Mesmo com os avanços da atual Constituição, existem tribos ameaçadas por organizações de garimpo, por exemplo, as tribos Yanomami na região norte que estão tendo suas terras invadidas e seus filhos mortos a serviço da exploração de pedras preciosas dentro de suas reservas. A questão hoje em tramitação no STF leva a crer que haverá mais retrocessos e mais ataques às populações de índios no Brasil.

Tais dados são imensamente preocupantes, tendo em vista as recentes pesquisas da Fundação Oswaldo Cruz, ao serem analisadas amostras de cabelo analisadas, provenientes de 134 mulheres adultas e 144 crianças, as concentrações de mercúrio variaram de 0,08 a 13,87 microgramas por grama (ou ppm). Esse valor é sete vezes maior do limite preconizado pela OMS (0.2 ppm) como “seguro” e o dobro da concentração limite para o surgimento de efeitos adversos à saúde (6,0 ppm)⁸.

3. MARCO TEMPORAL E OS RETROCESSOS AOS POVOS INDÍGENAS E AO MEIO AMBIENTE

Antes de mais nada, é necessário compreender o que é o qual a extensão do que seria o Marco Temporal, sendo um entendimento proferido que como uma forma de reduzir a atuação dos povos indígenas em determinado território

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EX 1.017.365-MS. Relator para Acórdão Luiz Edson Fachin. Disponível em: re1017365-parecer-posse-indigena-marco-temporal.pdf (cimi.org.br). Acesso em: 22 abr. 2023.

⁸ NEVES, JULIA. Pesquisadora da Escola Politécnica participa de estudo que aponta níveis elevados de mercúrio em crianças e mulheres indígenas. *Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio*, 16 ago. 2023. Disponível em: <https://www.epsviv.fiocruz.br/noticias/reportagem/pesquisadora-da-escola-politecnica-participa-de-estudo-que-aponta-niveis>. Acesso em: 13 set. 2023.

Nas palavras de Larissa Carvalho Furtado Braga Silva, o Marco Temporal é antes de mais anda um entendimento jurídico com o fim de restringir direitos das populações indígenas e às populações futuras:

Marco Temporal, é a de restrição do direito à posse permanente e tradicional apenas àquelas comunidades indígenas que estivessem no gozo manso e pacífico do espaço na data da promulgação do texto constitucional em vigor. Por sua própria natureza, qualquer decisão tomada no âmbito deste julgamento está apta a alterar completamente os modos de vida dos povos indígenas, para quem os territórios estão intrinsecamente relacionados ao mantimento de suas existências e das futuras gerações⁹.

Além disso, entregar terras que deveriam ser utilizadas para o usufruto da reprodução e manutenção da cultura secular indígena, muito se perde não somente em relação a preservação dessas culturas que necessitam de seus territórios para avançarem com a preservação suas tradições, mas também contribuem para a manutenção da fauna e da flora, lá convivendo em harmonia.

A autodeterminação dos povos, dentro dessa temática do Estado Moderno, transforma direitos individuais a direitos e garantias integrados a cada povo, englobados em uma categoria de direitos culturais ou direitos culturais e econômicos. Em outras palavras, o direito dos povos se limita à possibilidade de se constituir como um estado.

Ademais, após a constituição deste Estado, por meio da sua autodeterminação, o próprio estado se rege pelas por princípios da sua Constituição, deixando de existir direitos humanos para se tornarem garantias constitucionais,

Aos olhos da lei, a realidade é homogênea, a sociedade não convive com diferenças e não precisa se deparar com conflitos de ordem econômica e social que aflige a sociedade e os mais desfavorecidos.

Nessa afirmação, contempla Mares:

O Estado, quando legisla, executa políticas ou julga, não tratando dos conflitos coletivos, os reduz a uma falsa relação individual. Nos conflitos por terra, por exemplo, esquece os interesses de classe, segmentos sociais ou setores da sociedade, e os reduz a um conflito entre o direito de propriedade de um fazendeiro tal contra o direito subjetivo possessório de cada ocupante. Tudo fica reduzido a desafetos pessoais e a Lei, geral e universal em princípio, se concretiza apenas nos conflitos

⁹ SILVA, Larissa Carvalho Furtado Braga. *A tese do marco temporal e o protagonismo indígena de mulheres: territorialidade em debate pelo Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade de Brasília, 2022, p. 56.

individuais, podendo ser injusta na aplicação, mas mantendo sua aura de Justiça na generalidade¹⁰.

O Direito Brasileiro é claro quando alega, ou melhor dizendo, omite as relações indígenas, ora segregando direitos ou tentando esconder injustiças. Para comprovar tal alegação, basta apenas verificar como se comportam os direitos culturais e individuais, estando estreitamente ligados à vida de povos: a religião, o direito e a língua.

Esses três aspectos da cultura e vida dos povos indígenas são marcos da sua sobrevivência em períodos da história brasileira de grande massacre, como a conquista e a ditadura militar, sendo marcados também por períodos de grande integração da população.

Tais aspectos não podem ser considerados como individuais, uma vez que a manutenção e a sobrevivência desses aspectos não podem ser tidas como algo do campo do direito privado, não sendo de aquisição individual.

Isso significa dizer que o direito ao exercício de uma cultura, quando transformado em um direito individual, é nada mais do que o direito à liberdade, que não pode ser restringido a lei estatal.

Portanto, restringir populações indígenas que necessitam de seus territórios, principalmente aqueles que são ocupados de forma tradicional há séculos, que lhes conectem com seus antepassados, é de suma importância que voltem a ser ocupados da forma com a qual sempre foram.

Sendo de posse e propriedade daqueles que lá vivem e que possam continuar a manter as suas tradições.

Uma vez que as suas tradições necessitam da vinculação com tais terras, ou seja, a sua liberdade de expressão e liberdade religiosa depende de forma intrínseca e inseparável da demarcação dessas terras.

4. TERRITÓRIOS E A ATUAÇÃO DE POVOS INDÍGENAS

Muitos campos da história e da antropologia buscam compreender como os povos indígenas da América como um todo buscavam a preservação dos meios que viviam para obtenção de uma vida equilibrada com a natureza.

Isso sem dúvidas, se deve ao fato desses povos se enxergarem como partes da natureza e não como sendo a sua proprietária, muito diferente do que se pode observar dentro do contexto sociocultural atual.

¹⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá Editora, v. 10, 2021, p. 69.

Na verdade, Marx em 1844 reconheceu que o homem e a natureza deveriam ser indissociáveis: “Mas também a natureza, tomada abstratamente, para si, fixada na separação do homem, é nada para o homem”¹¹.

No entanto, essa relação vem sendo mitigada e abalada a todo momento pelas estreitas relações com o capital. Desde a invasão dos portugueses, no que depois foi considerado e chamado de Brasil, houveram inúmeros saques das riquezas nacionais aqui encontradas, por exemplo, o pau-brasil árvore que dá nome ao país e que foi largamente utilizada e pleiteada na Europa neste período por conter em seu interior uma tinta vermelha como brasa.

Conforme destacam os estudiosos Francismar Aguiar e Reinaldo Pinho, durante o período das primeiras expedições portuguesas à costa do Brasil, despertou grande interesse uma árvore cuja madeira era utilizada na produção de um pigmento vermelho, empregado na coloração de penas. Os povos indígenas a chamavam de “ibirapitanga”, termo tupi que significa “madeira vermelha”. Esse corante passou rapidamente a ser adotado pelos europeus como alternativa ao “sappan”, pigmento similar de origem asiática usado no tingimento de tecidos¹².

Esta madeira era amplamente encontrada na natureza, principalmente na Mata Atlântica, na faixa litorânea do país. Por sua vez, esta madeira foi extraída de igual forma pelos povos nativos que em troca recebiam escambos (produtos que para os invasores portugueses tratavam-se apenas de meras bugigangas).

Logo, sendo possível afirmar que desde a invasão dos portugueses a natureza e a biodiversidade brasileiras sempre foram vistos como meras mercadorias que deveriam ser sacrificadas em nome do capital.

Noutro giro, é necessário compreender a forma com a qual as populações indígenas se comportam em relação à natureza e a forma com que o homem branco se comporta em relação à natureza. Para isso, precisamos observar alguns dados.

O Brasil tem uma população indígena de 896.917 pessoas, conforme o Censo Nacional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, dos quais 324.834 vivem em cidades e 572.083 em áreas rurais.

A população total do Brasil foi estimada pelo IBGE em 201.032.714, constituindo aproximadamente 0,47% da população total do país, dividida em mais de 240 povos indígenas distintos.

¹¹ MARX, K. *Manuscritos econômico-filosóficos de 1844*. Torino: Einaudi, 1968, p. 135.

¹² Aguiar, F. F. A.; Pinho, R. A. *Pau-Brasil – *Caesalpinia echinata* Lam. Árvore nacional*. Instituto de Botânica, São Paulo, 2007, p. 16.

Para expressar na forma da lei e garantir minimamente que os direitos das populações indígenas sejam devidamente respeitados, é posto na Constituição, no artigo 231, 1º, que os povos indígenas têm seus direitos assegurados do usufruto das terras que ocupam.

Nesse sentido, é possível deduzir que o objetivo central da demarcação de uma Terra Indígena (TI), seria a proteção do direito de posse e propriedade daqueles que lá habitam. Devendo esta estabelecer a real extensão da posse indígena, assegurando a proteção dos limites demarcados e impedindo a ocupação por terceiros.

Entretanto, aferir a demarcação de terras indígenas não é somente garantir que tais terras sejam destinadas à manutenção da cultura de tais populações, mas sim também aferir a preservação do meio ambiente. Uma vez que o modo de vida e integração destas populações está diretamente ligado à natureza e a sua preservação.

Outrossim, é preciso compreender que boa parte do território brasileiro ainda está coberto por mata vegetal, como é o caso da Amazônia com cerca de 59,7% do território nacional protegido por suas matas. Segundo dados da Organização “World Wide Fund For Nature”, a mata Atlântica possui apenas 7% do seu bioma original preservado, ou seja, com a ocupação desenfreada de grandes cidades o desmatamento é exponencial.

Contudo, essa perspectiva pode se encontrar ameaçada, com o avanço das fronteiras agrícolas da região sul em direção a região norte e nordeste, muitas áreas de cobertura vegetal dão lugar a lavouras e a criação de gado.

Com base em dados do Map Biomas, as pastagens já representam cerca de um quinto do território nacional, a plantação de soja já equivale ao estado do Maranhão e a plantação de cana-de-açúcar já é do tamanho da área urbana do país.

No mais, com a devida demarcação das terras indígenas, e, por consequência, a proteção e a garantia que as matas e a biodiversidade postas dentro daqueles territórios serão devidamente preservados.

Além disso, a preservação das florestas, principalmente na Amazônia, influencia em todo o regime de chuvas do Brasil com os rios voadores formados pela umidade da Amazônia. Levando chuva e vida para todo o país. Assim confirma Tasso Azevedo, coordenador do Map Biomas:

Se queremos ter chuva para abastecer os reservatórios que provêm energia e água potável para consumidores, indústria e o agronegócio, precisamos preservar a floresta amazônica. E as imagens de satélite não deixam dúvidas: quem melhor faz isso são os indígenas¹³.

¹³ TASSO, Azevedo. Ipam Amazônia. Terras indígenas são as áreas mais preservadas no Brasil. Brasil: MapBiomas, 2021. Disponível em: <https://ipam.org.br/imagens-de-satelite-comprovam-que-terras-indigenas-sao-as-areas-mais-preservadas-do-brasil-nas-ultimas-decadas>. Acesso em: 11 jul. 2023.

Analisando os dados do próprio MapBiomias¹⁴, é possível chegar a conclusão que os territórios indígenas estão praticamente intactos, o que contribui para a preservação ecológica e também a litigância climática.

5. MUDANÇAS E AÇÕES: COMO OS POVOS ORIGINÁRIOS AUXILIAM NA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

É preciso destacar que a separação entre o público e o privado é estabelecida de forma tênue. O que são direitos individuais caminham para o direito privado e aqueles direitos tidos como coletivos caminham para o que possamos chamar de direito público.

O que de certa forma é necessário compreender que o direito privado, para seguir essa lógica, teve que criar uma ficção para garantir que direitos individuais sejam garantidos, como é o caso do sujeito de direito ou até mesmo da personalidade jurídica para as pessoas físicas ou pessoas jurídicas.

Logo, tudo o que não seguir esta linha, será do campo do direito privado. As relações interpessoais ou até mesmo as relações verticais entre pessoas jurídicas e pessoas físicas integram um sistema ao fato de admitir como únicas instâncias do estado e do cidadão.

Nessa temática, o direito dos povos indígenas a garantias constitucionais básicas e acesso à terra ficam reduzidos. É evidente compreender que as terras indígenas não são públicas com base no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que elas não estão predestinadas a um fim particular nem mesmo a um fim do público em geral.

Essa terra também não é de uso privado, uma vez que o titular destas terras se quer é uma pessoa definida e sobre ela podem incidir institutos do direito privado clássico, como, por exemplo, a sucessão, compra e venda, prescrição ou até mesmo o registro.

Portanto, essas terras não estão sendo retidas a um limbo jurídico que não se sabe ao certo em qual campo jurídico pode-se encaixá-las. A legislação da América Latina, por sua vez, deu a estados como o Brasil, o poder de legislar sobre as terras indígenas, as reservando para seus povos destinatários. Assumindo, assim, um papel de destaque na luta pelos direitos destas populações.

Por outro lado, na contemporaneidade, o estado moderno não admite mais a existência de um território sem uma tutela estatal. É necessário, portanto, que os povos, prin-

¹⁴ A pesquisa desenvolvida pelo Map Biomias mostra e comprova por meio de dados que as terras indígenas são territórios muito bem preservados dentro de suas delimitações, uma vez que as populações indígenas sempre viveram preservando a natureza. Disponível em: <https://ipam.org.br/imagens-de-satelite-comprovam-que-terras-indigenas-sao-as-areas-mais-preservadas-do-brasil-nas-ultimas-decadas/>. Acesso em: 13 set. de 2023.

principalmente, após a segunda guerra mundial, passem a ter direitos reconhecidos internacionalmente, mas para exercê-los era necessário os estruturar em Estados.

A autodeterminação dos povos, dentro dessa temática do Estado Moderno, transforma direitos individuais a direitos e garantias integrados a cada povo, englobados em uma categoria de direitos culturais ou direitos culturais e econômicos. Em outras palavras, o direito dos povos se limita a possibilidade de se constituir como um estado.

Ademais, após a constituição deste Estado, por meio da sua autodeterminação, o próprio estado se rege pelos princípios da sua Constituição, deixando de existir direitos humanos para se tornarem garantias constitucionais.

Aos olhos da lei, a realidade é homogênea, a sociedade não convive com diferenças e não precisa se deparar com conflitos de ordem econômica e social que aflige a sociedade e os mais desfavorecidos.

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) já havia divulgado uma carta afirmando que “o Marco Temporal legitima e legaliza as violações e violências cometidas contra os povos até o dia de outubro de 1988: uma realidade de confinamento em reservas diminutas, remoções forçadas em massa, tortura, assassinatos e até a criação de prisões”¹⁵.

A coordenadora nacional da APIB e Ministra dos Povos Indígenas, Sônia Guajajara¹⁶, afirma que “aprovar o marco temporal significa anistiar crimes cometidos contra esses povos e dizer aos que hoje seguem invadindo suas terras que a grilagem, a explosão e o extermínio de indígenas é uma prática vantajosa, pois premiada pelo estado brasileiro”.

Dessa forma, a questão da terra é um ponto-chave nesta discussão, pois sem o acesso e a fiscalização do estado, o uso da coerção estatal para garantir a esses povos desfavorecidos pelo tempo o pleno gozo das suas terras.

Ainda, a Constituição veda a remoção dessas etnias de suas terras ancestrais, salvo em casos de risco a nação ou epidemias, garantindo ainda sim, o retorno imediato aos seus territórios assim que possível.

De tal forma, usar como critério apenas a data da promulgação da Constituição Federal como marco regulatório da posse e gozo dessas terras além de ser inconstitucional, viola os direitos conquistados por tais povos através da própria constituição. Havendo

¹⁵ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Nossa história não começa em 1988 #MarcoTemporalNão*. [S.l.], 3 ago. 2017. Nota publicada no site do ISA (versão anterior ao redesign de 2022). Disponível em: site-antigo.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/nossa-historia-nao-comeca-em-1988-marco-temporal-nao. Acesso em: 13 set. 2023.

¹⁶ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Nossa história não começa em 1988 #MarcoTemporalNão*. [S.l.], 3 ago. 2017. Nota publicada no site do ISA (versão anterior ao redesign de 2022). Disponível em: site-antigo.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/nossa-historia-nao-comeca-em-1988-marco-temporal-nao. Acesso em: 13 set. 2023.

várias comunidades indígenas desamparadas tendo suas terras usurpadas, cabendo ao estado fazer valer as garantias constitucionais, viabilizando a devida posse e propriedade daqueles que lá vivem.

6. POVOS INDÍGENAS, PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E A LITIGÂNCIA CLIMÁTICA

Segundo dados do IPPC¹⁷, as mudanças no uso da terra causam mudanças significativas na forma que o homem se relaciona com o meio em que vive.

Aumentos da temperatura média global de superfície (GMST) relativos aos níveis pré-industriais afetam os processos envolvidos em desertificação (escassez de água), degradação da terra (erosão do solo, perda de vegetação, incêndios, derretimento de *permafrost*) e segurança alimentar (instabilidades nas colheitas e oferta de alimentos). Mudanças nesses processos geram riscos aos sistemas alimentares, meios de subsistência, infraestrutura, valor da terra, e saúde humana e dos ecossistemas. Mudanças em um processo (p. ex., incêndio ou escassez de água) podem resultar em riscos combinados¹⁸.

Nesse sentido o uso inadequado da terra, seja para fins de moradia ou de produção desenfreada de produtos agrícolas, principalmente, para a produção e *commodity*, que necessitam de grandes áreas para seu cultivo e acabam consumindo muitos recursos hídricos para a sua produção.

Logo, o desmatamento de áreas florestais contribui não somente para a erosão do solo, mas também contribui significativamente para o desregulamento dos ciclos de chuva em todo o país, uma vez que a região norte é responsável pela formação dos chamados rios voadores, levando chuva a todas as regiões do país.

Uma das soluções apresentadas no relatório do IPPC é a “ajudam a adaptar e mitigar a mudança do clima e ao mesmo tempo que contribuem para combater a desertifi-

¹⁷ IPCC – PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA. *Sumário para formuladores de políticas: Relatório especial sobre mudança do clima, desertificação, degradação da terra, manejo sustentável da terra, segurança alimentar e fluxos de gases de efeito estufa em ecossistemas terrestres*. Tradução: Mariane Arantes Rocha de Oliveira. Revisão técnica: Andréa Nascimento de Araújo et al. Brasília: Governo do Brasil, 2020. Tradução não oficial. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/srccl/>. Acesso em: 13 set. 2023.

¹⁸ IPCC – PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA. *Sumário para formuladores de políticas: Relatório especial sobre mudança do clima, desertificação, degradação da terra, manejo sustentável da terra, segurança alimentar e fluxos de gases de efeito estufa em ecossistemas terrestres*. Tradução: Mariane Arantes Rocha de Oliveira. Revisão técnica: Andréa Nascimento de Araújo et al. Brasília: Governo do Brasil, 2020, p. 19. Tradução não oficial. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/srccl/>. Acesso em: 13 set. 2023.

cação são locais-específicas, e incluem, entre outras: captação de água e microirrigação, restauração de terras degradadas com o uso de plantas apropriadas, ecologicamente resistentes à seca; agrofloresta e outras práticas de adaptação agroecológicas e baseadas no ecossistema”¹⁹.

Assim, conhecendo a biodiversidade local aliada com o bom uso da terra, é possível garantir a devida produção de alimentos a toda a população, além de contribuir para a manutenção da biodiversidade local.

Tal conclusão é de entendimento plenamente consolidado pelas populações indígenas que vivem no Brasil. Uma vez que sempre conciliaram a produção agrícola com a manutenção da floresta, da sua biodiversidade, da sua fauna e flora. Tendo em vista, sempre a produção de alimentos locais em um conceito de agrofloresta. Além disso, tais medidas podem ainda promover o sequestro de carbono da atmosfera²⁰.

7. AÇÕES GOVERNAMENTAIS PARA A LITIGÂNCIA CLIMÁTICA E A PRESERVAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS

Por fim, é preciso compreender que a litigância climática necessita andar de mãos dadas com a propositura de políticas públicas governamentais. Políticas Públicas estas que devem empoderar mulheres e povos indígenas, para que sejam capazes de produzir e comercializar suas produções em um meio compatível com o que vivem.

Conforme afirma o Relatório do IPCC, “políticas que possibilitam e incentivam o manejo sustentável da terra para mitigação e adaptação à mudança do clima incluem melhorar o acesso aos mercados de insumos, produtos e serviços financeiros, empoderar mulheres e povos indígenas”²¹.

¹⁹ IPCC – PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA. *Sumário para formuladores de políticas: Relatório especial sobre mudança do clima, desertificação, degradação da terra, manejo sustentável da terra, segurança alimentar e fluxos de gases de efeito estufa em ecossistemas terrestres*. Tradução: Mariane Arantes Rocha de Oliveira. Revisão técnica: Andréa Nascimento de Araújo et al. Brasília: Governo do Brasil, 2020, p. 24. Tradução não oficial. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/srcccl/>. Acesso em: 13 set. 2023.

²⁰ IPCC – PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA. *Sumário para formuladores de políticas: Relatório especial sobre mudança do clima, desertificação, degradação da terra, manejo sustentável da terra, segurança alimentar e fluxos de gases de efeito estufa em ecossistemas terrestres*. Tradução: Mariane Arantes Rocha de Oliveira. Revisão técnica: Andréa Nascimento de Araújo et al. Brasília: Governo do Brasil, 2020, p. 25. Tradução não oficial. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/srcccl/>. Acesso em: 13 set. 2023.

²¹ IPCC – PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA. *Sumário para formuladores de políticas: Relatório especial sobre mudança do clima, desertificação, degradação da terra, manejo sustentável da terra, segurança alimentar e fluxos de gases de efeito estufa em ecossistemas terrestres*. Tradução: Mariane Arantes Rocha de Oliveira. Revisão técnica: Andréa Nascimento de Araújo et

Nesse sentido, seria possível não somente afirmar de forma segura que o controle da litigância climática estaria sendo observado, bem como a mitigação de diversos problemas sociais como o uso social da terra com a produção de alimentos saudáveis que contribuem para a redução da insegurança alimentar no Brasil. Valorando, assim, um manejo mais sustentável da terra.

Tal fator também havia sido pontuado no Relatório do IPCC de 2020, “as práticas agrícolas que incluem conhecimento indígena e conhecimento local podem contribuir para superar os desafios combinados da mudança do clima, segurança alimentar, conservação da biodiversidade e combate à desertificação e à degradação da terra”²².

Entretanto, é necessário que governos locais e federais atuem de forma significativa promovendo capacitação e empoderamento de mulheres, povos indígenas, movimentos rurais e quilombolas. Para que assim, possam ocupar e garantir o uso adequado da terra para a produção de alimentos e que consigam conciliar a proteção da fauna e da flora.

CONCLUSÃO

É possível entender que o avanço do Marco Temporal e a possibilidade da invasão das TI no Brasil como um imenso problema, tendo em vista que tais invasões resultaram em desmatamento e destruição da cobertura vegetal presente nesses locais, dando espaço a pecuária e monocultura voltada para a exportação, sem ênfase alguma na produção de alimentos para a mitigação de problemas estruturais como a insegurança alimentar, agravada na pandemia de COVID-19.

Portanto, o Marco Temporal não representa somente uma destruição da biodiversidade protegida em TI na atualidade, mas também em relação à forma com que tais populações indígenas necessitam daqueles territórios para a sobrevivência de suas culturas e religiosidade, uma vez que precisam estar ligados ao território que seus antepassados ocupavam.

Ademais, como foi pontuado, as Terras Indígenas no Brasil, ainda não os pontos de maior conservação de biodiversidade no país que não sejam terras devolutas ou terras pertencentes à União. Logo, a demarcação efetiva das terras indígenas significa não

al. Brasília: Governo do Brasil, 2020, p. 33. Tradução não oficial. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/srcc/>. Acesso em: 13 set. 2023.

²² IPCC – PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA. *Sumário para formuladores de políticas: Relatório especial sobre mudança do clima, desertificação, degradação da terra, manejo sustentável da terra, segurança alimentar e fluxos de gases de efeito estufa em ecossistemas terrestres*. Tradução: Mariane Arantes Rocha de Oliveira. Revisão técnica: Andréa Nascimento de Araújo et al. Brasília: Governo do Brasil, 2020, p. 33. Tradução não oficial. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/srcc/>. Acesso em: 13 set. 2023.

somente garantir que tais populações possam continuar a ter sua cultura e gozar de seu direito à autodeterminação.

Além disso, garantir a plena demarcação das terras reivindicadas pelos povos indígenas significa também a proteção da fauna e da flora brasileira, por consequência, sendo possível afirmar que haverá uma forma de incentivo a mitigar os efeitos do aquecimento global.

Isso se deve ao fato das terras que sempre foram tradicionalmente ocupadas poderem sequestrar carbono da atmosfera, por meio de seus processos bioquímicos de respiração, além do fato de muitas dessas terras contribuírem com o regime de chuvas no país como um todo, por meio dos rios voadores que levam umidade por todo o continente latinoamericano.

Por fim, o debate em relação às demarcações de Terras Indígenas no Brasil está diretamente ligado à questão climática de forma muito incisiva e de forma muito próxima. Haja vista, conforme os dados levantados até o momento às terras localizadas dentro de reservas indígenas são aquelas que possuem a maior biodiversidade protegida.

Logo, o modo de vida dos povos originários está diretamente ligado à proteção do meio ambiente, pois ambos sempre andaram de mãos dadas, estando de modo inseparável.

Sendo assim, projetos como o Marco Temporal ou até mesmo os processos de demarcação de terras indígenas devem respeitar não somente os princípios de autodeterminação dos povos indígenas, mas também devem respeitar o modo de vida daqueles que serão afetados por tal.

Por consequência, ao se proteger os povos indígenas e as suas terras, a biodiversidade que lá se encontra também será mantida. Isso faz com que não somente o meio ambiente seja protegido, mas também a manutenção da vida como um todo no país.

Principalmente ao serem analisados como as terras protegidas na região norte contribuem para o regime de chuvas em todo o país, fazendo com que a vida possa ser mantida nas regiões sul e sudeste.

Nesse sentido, o tema mostra-se de fundamental importância para a compreensão da atual situação dos povos indígenas no Brasil. Uma vez que não somente a sua subsistência depende da manutenção e demarcação de suas terras, mas em relação ao fato da vida de todo o Brasil depender diretamente do regime de chuvas produzido nas regiões de floresta tropical, além de manter toda a biodiversidade protegida.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer n.º GMF - 05. Processo n.º 00400.002203/2016-01. Brasília, 2017. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-agu-raposa-serra-sol.pdf>. Acesso em: 13 set. 2023.

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS (ACHPR). Communication 276/2003, Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE) and Minority Rights Group International (MRG) (on behalf of the Endorois) v Kenya. 2010.

BRASIL. *Lei nº 6.001, promulgada em 19 de dezembro de 1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário 1.017.365 – Santa Catarina. Relator: Edson Fachin. Brasília, 09/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EX 1.017.365-MS. Relator Luiz Edson Fachin. Disponível em: re-1017365-parecer-posse-indigena-marco-temporal.pdf (cimi.org.br). Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 601, Lei de Terras, 18 jul. 1850*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388-4. Relator: Min. Ayres Britto, julgado em 19/03/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 490/2007*.

CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. Relatório: textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014.

FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2005.

FUNAI – FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Política Indigenista*, 2016. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/>. Acesso em: ago. 2023.

GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? In: RICARDO, Fany (Org). *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza: o desafio das sobreposições*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 37-41.

GILBERT, Jérémie. Direito à Terra como Direito Humano: Argumentos em prol de um Direito Específico à Terra. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, SUR, ed. 18, 2013, p. 121-143. Disponível em: <https://sur.conectas.org/direito-terra-como-direito-humano/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Nossa história não começa em 1988 #MarcoTemporalNão*. [S.l.], 3 ago. 2017. Nota publicada no site do ISA (versão anterior ao redesign de 2022). Disponível em: site-antigo.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/nossa-historia-nao-comeca-em-1988-marco-temporal-nao. Acesso em: 13 set. 2023.

IPCC – PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE MUDANÇA DO CLIMA. *Sumário para formuladores de políticas: Relatório especial sobre mudança do clima, desertificação, degradação da terra, manejo sustentável da terra, segurança alimentar e fluxos de gases de efeito estufa em ecossistemas terrestres*. Tradução: Mariane Arantes Rocha de Oliveira. Revisão técnica: Andréa Nascimento de Araújo et al. Brasília: Governo do Brasil, 2020. Tradução não oficial. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/srcc/>. Acesso em: 13 set. 2023.

MARX, K. *Manuscritos econômico-filosóficos de 1844*. Torino: Einaudi, 1968. p. 135.

NEVES, Julia. Pesquisadora da Escola Politécnica participa de estudo que aponta níveis elevados de mercúrio em crianças e mulheres indígenas. *Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio*, 16 ago. 2019. Disponível em: <https://www.epsvj.fiocruz.br/noticias/reportagem/pesquisadora-da-escola-politecnica-participa-de-estudo-que-aponta-niveis>. Acesso em: 13 set. 2023.

SAITO, Kohei. *O ecossocialismo de Karl Marx: capitalismo, natureza e a crítica inacabada à economia política*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

SILVA, Larissa Carvalho Furtado Braga. *A tese do marco temporal e o protagonismo indígena de mulheres: territorialidade em debate pelo Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade de Brasília, 2022.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá Editora, v. 10, 2021. ISBN: 85-7394-159-6.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Petição 3.388/RR. Relator: Min. Ayres Britto. Julgada em 19 de março de 2009. Publicada em DJe-181, divulgada em 24 de setembro de 2009, publicada em 25 de setembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>.

TASSO, Azevedo. Ipam Amazônia. *Terras indígenas são as áreas mais preservadas no Brasil*. Brasil: MapBiomas, 2021. Disponível em: <https://ipam.org.br/imagens-de-satelite-comprovam-que-terras-indigenas-sao-as-areas-mais-preservadas-do-brasil-nas-ultimas-decadas>. Acesso em: 11 jul. 2023.

DIREITO FEMININO E IGUALDADE DE GÊNERO

ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Maria Vitoria de Souza Ribeiro Dias

Natana Santos do Carmo

Yumi Farias Yanagita

RESUMO

O artigo explora a figura dos alimentos compensatórios no contexto do Direito de Família, analisando sua relevância e aplicação como instrumento de promoção da igualdade de gênero. Destaca-se a evolução histórica e jurídica dos direitos das mulheres e do divórcio, passando pelo Protocolo de Gênero até a aplicação dos alimentos compensatórios. A pesquisa visa demonstrar como a aplicação adequada desta modalidade de alimentos pode contribuir para a mitigação das desigualdades de gênero, especialmente em situações de separação e divórcio, abordando também as diferenças de impacto entre populações mais ricas e mulheres hipossuficientes. Análises de jurisprudência recente complementam a discussão.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos compensatórios; Igualdade de gênero; Protocolo de Gênero.

ABSTRACT

This article explores the concept of compensatory alimony within the context of Family Law, analyzing its relevance and application as a tool for promoting gender equality. It highlights the historical and legal evolution of women's rights and divorce, encompassing the Gender Protocol and the implementation of compensatory alimony. The research aims to demonstrate how the appropriate application of this form of alimony can help mitigate gender inequalities, particularly in situations of separation and divorce, while also addressing the differing impacts on wealthier populations versus underprivileged women. Recent jurisprudential analyses complement the discussion.

KEYWORDS: Compensatory alimony; Gender equality; Gender Protocol.

INTRODUÇÃO

Os alimentos compensatórios emergem como uma figura relevante no âmbito do Direito de Família, especialmente quando se busca promover a igualdade de gênero. Esses alimentos visam equilibrar as disparidades econômicas que podem surgir após o término de uma união, compensando o cônjuge economicamente desfavorecido pelo tempo dedicado à família e pelo sacrifício de sua carreira profissional. A aplicação adequada dos alimentos compensatórios é essencial para garantir que as mulheres, frequentemente as mais impactadas pela desigualdade econômica pós-divórcio, recebam o suporte necessário para reiniciar suas vidas com dignidade e segurança financeira.

Este artigo tem como objetivo principal analisar a figura dos alimentos compensatórios no contexto do Direito de Família, destacando sua importância como instrumento de promoção da igualdade de gênero.

Os objetivos específicos incluem: i) explorar a evolução histórica dos direitos das mulheres e do divórcio, ii) examinar o Protocolo de Gênero e sua aplicação no Direito de Família, iii) definir e discutir a importância dos alimentos compensatórios, iv) analisar a aplicação dos alimentos compensatórios em diferentes contextos socioeconômicos, com foco nas mulheres hipossuficientes e v) apresentar e discutir jurisprudências relevantes que ilustram a aplicação dos alimentos compensatórios.

A metodologia utilizada neste artigo é de natureza qualitativa e exploratória, baseada na revisão de literatura e análise documental. Foram consultados artigos acadêmicos, livros, legislação vigente, e jurisprudências relevantes para construir uma compreensão abrangente sobre o tema.

A análise jurisprudencial foi realizada a partir de casos disponíveis em tribunais brasileiros, focando na aplicação dos alimentos compensatórios e seu impacto na promoção da igualdade de gênero. Além disso, foram utilizados dados estatísticos e relatórios de organizações que estudam a questão da desigualdade de gênero no contexto familiar e econômico.

1. A ALTERAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DAS MULHERES

No decorrer histórico que acompanha o corpo social, há a clara permanência de mulheres que se colocam em oposição à estrutura delimitadora de funções determinadas como “naturais” ou “orgânicas” da gênese feminina, sendo que tais obrigações, tradicionalmente, foram desenvolvidas a partir de uma perspectiva cristã e patriarcal que dominou e moldou a sociedade ocidental¹.

¹ PINTO, Celi Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Revista de Sociologia e Política*, v. 18, n. 36, pág. 15–23, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/GW9TMRsYgQNzxNjZncSBf5r/?lang=pt>. Acesso em: 27 jun. 2023.

As suprarreferidas obrigações ainda refletem na coletividade e assumem os mais variados formatos, que perpassam: i) desde as típicas incumbências maternais e de compromisso com a família, ii) alcançando a responsabilidade, muitas vezes exclusiva, pelas tarefas domésticas que envolvem os atos de serviço (lavar, passar e cozinhar) e, iii) chegam a atingir fisicamente os corpos femininos com a excessiva pressão estética, relacionada ao anseio de adequação aos padrões de beleza sociais².

Todavia, como supramencionado, a posição feminina na sociedade sempre foi alvo de inquirição, e tal questionamento toma maiores proporções a partir da eclosão do movimento feminista, o qual se torna de fulcral importância, e, que de acordo com Bandeira e Melo, “nasceu das lutas coletivas das mulheres contra o sexismo, contra as condições de aversão e inferiorização do feminino, transformadas em práticas rotineiras de subordinação”³.

Outrossim, com a crescente de tais discussões, naturalmente, ao longo da primeira metade do século XX, as mulheres de elite suscitam cada vez mais discussões que impactam diretamente suas existências e seus corpos, como, por exemplo, o debate a respeito do instituto do divórcio.

Note-se que o recorte apresentado se concentra apenas entre “mulheres de elite”, as quais eram alfabetizadas, advinham de família abastada e se entendiam como intelectuais, pois de acordo com Larissa Selhorst Seixas “ [...] as mulheres instruídas oriundas das famílias de elite foram beneficiadas por conta do acesso às escolas e às universidades e também às diferentes profissões”⁴. Portanto, apenas a classe social supramencionada possuía condições e as mais variadas circunstâncias para questionar seu posicionamento no mundo.

Retomando a análise anterior, é de relevância salutar o fato de que, no Brasil, o divórcio (da maneira como o conhecemos) somente foi aprovado na década de 1970, através da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977 e, posteriormente, com a assinatura da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977⁵.

² BANDEIRA, Lourdes; MELO, Hildete Pereira. *Tempos e Memórias do Feminismo no Brasil*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010. Disponível em: http://www.mulheres.ba.gov.br/arquivos/File/Publicacoes/TemposeMemorias_MovimentoFeministanoBrasil_2010.pdf. Acesso em: 03 maio 2024.

³ BANDEIRA, Lourdes; MELO, Hildete Pereira. *Tempos e Memórias do Feminismo no Brasil*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010, p. 7. Disponível em: http://www.mulheres.ba.gov.br/arquivos/File/Publicacoes/TemposeMemorias_MovimentoFeministanoBrasil_2010.pdf. Acesso em: 03 maio 2024.

⁴ SEIXAS, Larissa Selhorst. “*O Feminismo No Bom Sentido*”: O Centro Paranaense Feminino de Cultura e o Lugar Das Mulheres No Mundo Político, 2011.

⁵ FÁVERI, Marlene de. O divórcio nas páginas de Manchete. XVI Encontro Estadual de História da ANPUH - SC. Revista História e Movimentos Sociais. 07 a 10 de junho de 2016. ISSN: 2316-1035.

Porém, com a pesquisa a ser desenvolvida, almeja-se elucidar que os debates acerca do tema, que, como anteriormente demonstrado, ocorreram durante décadas antes do Poder Legislativo brasileiro alterar de fato as normas constitucionais e infraconstitucionais que regiam o instituto, resultaram em uma série de medidas que modificaram profundamente as estruturas do Poder Judiciário, o qual enfrentou, recentemente uma alteração estrutural: o Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

2. O PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

O Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de Gênero foi desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com o objetivo de orientar a atuação da magistratura e demais profissionais do Direito na análise e julgamento de casos sob uma perspectiva de gênero.

Mesmo com a garantia constitucional de igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres, disposto no art. 5º, I da CRFB/88, este protocolo foi implementado visando garantir que as questões de gênero sejam adequadamente consideradas nos processos judiciais, promovendo uma igualdade substantiva e eliminando vieses discriminatórios.

Ele fornece ferramentas conceituais e metodológicas para que os operadores do Direito possam reconhecer e mitigar as desigualdades de gênero em suas decisões, promovendo a justiça de forma mais equitativa.

2.1. Capacitação do Protocolo de Gênero no contexto jurídico brasileiro

A aplicação do Protocolo de Gênero tornou-se obrigatória para toda a magistratura brasileira a partir de março de 2023, conforme a Resolução nº 492 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em consequência, houve uma série de cursos destinados à capacitação dos magistrados, nos quais foram debatidos tanto a teoria quanto a aplicação prática do protocolo. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) implementou esses ensinamentos para a capacitação de seus magistrados. Sobre o curso, o desembargador presidente do TRF4 declarou:

Os temas abordados neste curso são muito importantes, pois vivemos em um mundo em constante transformação e evolução. Assim, nós, que estamos no serviço público, precisamos estudar para nos adaptarmos às novas questões de gênero que são trazidas ao Judiciário. Aqui no TRF4 temos essa visão de que é necessário sempre nos reinventarmos para entender os novos direitos e as novas perspectivas⁶.

⁶ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. TRF4 promove curso sobre julgamento com perspectiva de gênero. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=27478. Acesso em: 22 jun. 2024.

3.2. Importância dos alimentos compensatórios para a promoção da igualdade de gênero

A introdução dos alimentos compensatórios no sistema jurídico brasileiro tem uma importância significativa para a promoção da igualdade de gênero. Essa medida visa corrigir desequilíbrios econômicos que frequentemente surgem com a dissolução da união familiar, onde, muitas vezes, um dos cônjuges (geralmente a mulher) pode ter sacrificado oportunidades profissionais em favor da família.

A compensação econômica busca, assim, garantir uma redistribuição mais justa dos recursos, reconhecendo as contribuições indiretas e diretas de ambos os cônjuges ao patrimônio comum¹¹.

Esses mecanismos são essenciais para mitigar as desigualdades e promover uma justiça social mais equitativa, assegurando que ambos os cônjuges possam reconstruir suas vidas financeiras de maneira mais equilibrada após o término da união.

4. A APLICAÇÃO DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

4.1. Contexto socioeconômico

Os alimentos compensatórios têm uma aplicação diferenciada entre as diferentes classes da população, onde os conflitos patrimoniais, decorrentes da dissolução do casamento ou união estável, são mais complexos devido à quantidade e diversidade de bens envolvidos.

Conforme Paulo Lôbo, a partilha de um patrimônio substancial pode gerar uma sensação de perda financeira significativa para um dos cônjuges, especialmente quando este contribui indiretamente para o incremento patrimonial do outro¹². Sobre isto, a Súmula 380 do STF dispõe sobre o esforço comum na união estável, visando este trabalho “invisível”, e indireto para a contribuição que é desenvolvido dentro de casa, que na grande maioria das vezes é realizada por elas.

Segundo Rolf Madaleno, a compensação econômica deve reconhecer e valorizar as contribuições não financeiras das mulheres, que frequentemente abrem mão de suas carreiras para se dedicar à família. Essa dedicação resulta em um afastamento prolongado do mercado de trabalho, dificultando a reinserção profissional e agravando o desequilíbrio econômico após a separação¹³.

¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil – 1 Volume 5 – Famílias*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil – 1 Volume 5 – Famílias*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

¹³ MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 13 dez./jan. 2010.

Este tempo de dedicação exclusiva a casa, afasta a possibilidade de uma capacitação educacional maior ou em casos que tenha afasta de estar atualizada em seu ramo, e quando realizado a separação para sua reinserção ou até mesmo inserção, desempenha trabalhos de grandes esforços, mas de mão de obra barata, para garantir o mínimo existencial possível, de vezes não conseguindo nem este ser alcançado e sendo auxiliado por doações, ou retornando à casa dos pais.

4.2. Desafios enfrentados por mulheres hipossuficientes para obter alimentos compensatórios

Mulheres em situação de hipossuficiência enfrentam desafios significativos para obter alimentos compensatórios. A falta de recursos financeiros para arcar com os custos de um processo judicial, a dificuldade em comprovar a contribuição indireta ao patrimônio do ex-cônjuge e a resistência em reconhecer a natureza indenizatória dos alimentos compensatórios são barreiras frequentes¹⁴.

Além disso, destaca que a percepção social de que a mulher deve ser autossuficiente economicamente após a separação pode dificultar ainda mais a concessão desse direito. A jurisprudência dos tribunais tem evoluído para reconhecer essas dificuldades e buscar soluções mais equitativas, garantindo que os alimentos compensatórios cumpram seu papel de promover a justiça social e a igualdade de gênero¹⁵.

5. A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

Para elaboração deste tópico foi realizada a pesquisa de jurisprudência junto ao site do TJPR, num primeiro momento tendo por base as palavras-chaves “alimentos e compensatórios”, em seguida, “alimentos e compensatórios e protocolo e gênero”.

A partir desta análise, verifica-se que o entendimento, com relação aos alimentos compensatórios, é no sentido de fixar a obrigação em casos que restou demonstrado o desequilíbrio econômico-financeiro e a quebra do padrão de vida após a separação. Dessa forma, observa-se o objetivo de manutenção de subsistência do ex-cônjuge e também do padrão de vida que o casal obtinha, no entanto, as decisões têm considerado a capacidade financeira do alimentante e a necessidade do alimentado, analisando no caso concreto questões como a dependência econômica e o afastamento do ex-cônjuge do mercado de trabalho durante o relacionamento.

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil – 1 Volume 5 – Famílias*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

¹⁵ MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil na conjugidade e alimentos compensatórios. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 13 dez./jan. 2010.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO C/C ALIMENTOS.

ALIMENTOS PROVISÓRIOS À EX-CÔNJUGE. FIXAÇÃO. INSURGÊNCIA RECURSAL DO ALIMENTANTE. REVOGAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DA ALIMENTADA RECONHECIDA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA AGRAVADA FRENTE AO EX-CÔNJUGE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS COMPENSATÓRIOS À EX-CÔNJUGE QUE SE MOSTRA ESSENCIAL PARA PRESERVAR AS CONDIÇÕES DE SUBSISTÊNCIA E MANUTENÇÃO DO PADRÃO DE VIDA. ABRUPTA QUEDA DE PADRÃO DE VIDA DA ALIMENTADA DESDE A SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL. PECULIARIDADE DA CAUSA. AGRAVANTE RESPONSÁVEL PELA ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO CASAL. REALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS. DESCONTOS EM CONTRACHEQUES QUE ACARRETAM REDUÇÃO NA RENDA LÍQUIDA DA AGRAVADA. POSSIBILIDADE FINANCEIRA EVIDENCIADA DO ALIMENTANTE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.694 DO CÓDIGO CIVIL E JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SUPERIOR. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Reconhece-se a necessidade de fixação de alimentos provisórios de caráter compensatório pelo ex-cônjuge, detentor da administração de haveres do casal, em demonstrada **redução da capacidade aquisitiva da ex-cônjuge, para a manutenção de subsistência e padrão de vida coerente com a resistência econômica do casal**. (TJPR - 11ª Câmara Cível - 0002229-72.2024.8.16.0000 - Cruzeiro do Oeste - Rel.: DESEMBARGADORA LENICE BODSTEIN - J. 15.04.2024)¹⁶ (grifo nosso).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C DIVÓRCIO, PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS. **ALIMENTOS PROVISÓRIOS E COMPENSATÓRIOS À EX-CÔNJUGE. CABIMENTO.** OBRIGAÇÃO TRANSITÓRIA QUE DECORRE DO DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA. ARTIGO 1.694, DO CÓDIGO CIVIL. DEVER COMPENSATÓRIO PELA AUSÊNCIA DE PARTILHAMENTO DO PATRIMÔNIO COMUM INCONTROVERSO NOS AUTOS. **NECESSIDADE DA EX-CÔNJUGE EVIDENCIADA. INDÍCIOS DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA AGRAVANTE FRENTE AO EX-CÔNJUGE. DEDICAÇÃO AOS CUIDADOS DO LAR. AFASTAMENTO DO MERCADO DE TRABALHO FORMAL DURANTE A RELAÇÃO CONJUGAL. CONTRIBUIÇÃO INVISÍVEL PARA A SUBSISTÊNCIA FAMILIAR.** UNIÃO QUE PERDUROU APROXIMADAMENTE 13 ANOS. **POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE PELO DESEMPENHO DE PROVEDOR ÚNICO DA FAMÍLIA E DETENTOR DA POSSE E ADMINISTRAÇÃO DOS BENS QUE COMPÕEM O PATRIMÔNIO COMUM DO CASAL.** RECONHECIMENTO 2. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. A EX-CÔNJUGE. CONCESSÃO.

¹⁶ PARANÁ. Tribunal de Justiça (11ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 0002229-72.2024.8.16.0000. Relator: Desembargadora Lenice Bodstein. DJ. 15 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000027444381/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0002229-72.2024.8.16.0000#>. Acesso em: 20 maio 2024.

EXISTÊNCIA DE BENS AINDA NÃO PARTILHADOS NÃO REPRESENTA DISPONIBILIDADE FINANCEIRA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. ARTIGO 98 E 99, § 2º E §3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RENDIMENTOS INFERIORES A 3 (TRÊS) SALÁRIOS MÍNIMOS NACIONAIS. PARÂMETRO DESTA C. CÂMARA CÍVEL INDICATIVA DE HIPOSSUFICIÊNCIA PARA A BENESSE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA CONCEDER A GRATUIDADE DA JUSTIÇA E FIXAR ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DA AGRAVANTE NO IMPORTE EQUIVALENTE A 5 (CINCO) SALÁRIOS MÍNIMOS NACIONAIS. (TJPR - 11ª Câmara Cível - 0051773-63.2023.8.16.0000 - Pato Branco - Rel.: DESEMBARGADORA LENICE BODSTEIN - J. 08.04.2024)¹⁷ (grifo nosso).

Por conseguinte, no que se refere aos alimentos compensatórios em observância ao protocolo de gênero, o TJPR possui apenas seis precedentes, sendo cinco de relatoria do Desembargador Eduardo Cambi e um do Desembargador Sigurd Roberto Bengtsson. Em suas decisões, o Desembargador Cambi destaca que a atuação dos magistrados é essencial para realizar a justiça social e evitar a naturalização dos deveres de cuidado não remunerado para as mulheres, bem como a normalização de reserva de ocupação dos espaços de poder pelos homens.

Além disso, sustenta que incumbe ao Poder Judiciário prevenir e combater as discriminações baseadas em estereótipos misóginos, sexistas e machistas. Ainda, afirma que:

Na tutela jurisdicional do Direito das Famílias com perspectiva de gênero, os magistrados devem reconhecer a posição jurídica das mulheres, para que não fiquem sem renda nem deixem de ter acesso aos bens comuns durante o processo, ou, ainda, que tenham que arcar sozinhas (ou de forma desproporcional) com os cuidados dos filhos comuns. Os juízes também devem evitar a adoção de juízos morais, para invadir a vida íntima e privada das mulheres, com o objetivo de justificar a inviabilização e a negação de seus direitos fundamentais, o que implicaria na revitimização delas pelo sistema de justiça¹⁸.

No tocante aos elementos probatórios, o desembargador considera a vida do alimentante, suas condições e a queda do padrão socioeconômico ocasionada pela ruptura da união. Em uma de suas decisões, o Desembargador destaca que:

¹⁷ PARANÁ. Tribunal de Justiça (11ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 0051773-63.2023.8.16.0000. Relator: Desembargadora Lenice Bodstein. DJ. 8 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000025827411/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0051773-63.2023.8.16.0000#>. Acesso em: 20 maio 2024.

¹⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça (12ª Câmara Cível). Recurso de Apelação n. 0099104-41.2023.8.16.0000. Relator: Desembargador Eduardo Cambi. DJ 20 de maio de 2024. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000026785391/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0099104-41.2023.8.16.0000#>. Acesso em: 23 maio 2024.

As mulheres que compartilharam e dedicaram boa parte de suas vidas à família, em atividades como o auxílio e a projeção do sucesso profissional do marido, os trabalhos reprodutivos, ao cuidado dos filhos e às tarefas domésticas, abrindo mão de suas carreiras e atividades profissionais, não podem ficar em situação de desvantagem patrimonial quando da dissolução do sociedade conjugal ou da união estável, sob pena de se reservar a estas esposas ou companheiras um espaço subalterno e objetificado pelo patriarcado e pelo machismo estrutural no Direito das Famílias, com a negação da busca pela equidade de gênero, inerente ao constitucionalismo feminista, à construção do Direito Antidiscriminatório e à perspectiva dos Direitos Humanos¹⁹.

Com relação ao esforço comum, Cambi considera sua interpretação para além da constituição de patrimônio, devendo observar a contribuição afetiva, psicológica, moral e, inclusive, aquela relativa ao trabalho doméstico não remunerado. São alguns precedentes da relatoria do Dr. Eduardo Cambi:

DIREITO DAS FAMÍLIAS. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO CUMULADO COM ALIMENTOS E PARTILHA DE BENS. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DEFERIDA, PARCIALMENTE, EM FAVOR DA REQUERENTE. **ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS HUMANITÁRIOS FIXADOS**, PROVISORIAMENTE, EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS). INCONFORMISMO DO REQUERIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLEITO DE MINORAÇÃO DOS ALIMENTOS FIXADOS. IMPOSSIBILIDADE. **DRÁSTICA QUEDA NO PADRÃO DE VIDA DEMONSTRADA**. PATRIMÔNIO VULTOSO EM MEAÇÃO, INDICADO, A PRINCÍPIO, EM MAIS DE R\$ 100 MILHÕES. **PLENA CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE DE ARCAR COM OS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS FIXADOS**. FORTES INDÍCIOS DE FRAUDE À PARTILHA DE BENS, POR PARTE DO AGRAVANTE. TRANSFERÊNCIA DE QUOTAS SOCIAIS EM PERÍODO PRÓXIMO À SEPARAÇÃO FÁTICA DAS PARTES. RISCO DE DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL RECONHECIDO PELO JUÍZO DE ORIGEM. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR (NA MODALIDADE DA VIOLÊNCIA PATRIMONIAL) CARACTERIZADA**. CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA. INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM SENTIDO SUBSTANCIAL. **APLICAÇÃO DO PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

¹⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça (12ª Câmara Cível). Agravo n. 0031639-15.2023.8.16.0000. Relator: Desembargador Eduardo Cambi. DJ 23 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000024921951/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0031639-15.2023.8.16.0000>. Acesso em: 22 maio 2024.

(TJPR - 12ª Câmara Cível - 0098863-67.2023.8.16.0000 - Pinhais - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 06.03.2024)²⁰ (grifo nosso).

DIREITO DAS FAMÍLIAS. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO C/C PARTILHA DE BENS. PLEITO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM RECONVENÇÃO. MINORAÇÃO DA PENSAO ALIMENTÍCIA, EM SEDE DE TUTELA DE URGÊNCIA, DE 30% (TRINTA POR CENTO) PARA 20% (VINTE POR CENTO) DOS PROVENTOS LÍQUIDOS DO AGRAVADO. INCONFORMISMO DA RECONVINTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA EX-ESPOSA. FATOR SUPERVENIENTE DE ALTERAÇÃO NO TRINÔMIO ALIMENTAR NÃO COMPROVADO PELO RECORRIDO. **CAPACIDADE FINANCEIRA DO AGRAVADO DE ARCAR COM OS ALIMENTOS NO PATAMAR ANTERIOR DEMONSTRADA. AGRAVANTE QUE É PESSOA IDOSA E QUE POSSUI UMA SÉRIE DE COMORBIDADES, INCLUSIVE DOENÇAS DEGENERATIVAS E GRAVE DIFICULDADE COGNITIVA E DE APRENDIZADO. PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO NÃO COMPROVADOS PELO RECORRIDO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, PARA REFORMAR A DECISÃO IMPUGNADA E DETERMINAR O RETORNO DA PRESTAÇÃO ALIMENTAR AO PATAMAR DE 30% (TRINTA POR CENTO) SOBRE OS PROVENTOS LÍQUIDOS DO AGRAVADO.**

(TJPR - 12ª Câmara Cível - 0031639-15.2023.8.16.0000 - Londrina - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 23.10.2023)²¹ (grifo nosso).

DIREITO DAS FAMÍLIAS. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, PARTILHA E ALIMENTOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA APELAÇÃO CÍVEL. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. APELAÇÃO 01. RECURSO DA AUTORA. **PLEITO DE FIXAÇÃO DE ALIMENTOS DEVIDOS À EX-COMPANHEIRA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DE RECEBER ALIMENTOS, DA DEPENDÊNCIA FINANCEIRA E DA INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS HUMANITÁRIOS. FINALIDADE DE CORREÇÃO OU ATENUAÇÃO DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO OU ABRUPTA ALTERAÇÃO DO PADRÃO DE VIDA DO CÔNJUGE/COMPANHEIRO DESPROVIDO DE BENS E DE MEAÇÃO. HIPÓTESE NÃO VERIFICADA. PARTILHA DO BENS DO CASAL REALIZADA NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MUDANÇA NO PADRÃO DE VIDA APÓS A SEPARAÇÃO.**

²⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça (12ª Câmara Cível). Agravo n. 0098863-67.2023.8.16.0000. Relator: Desembargador Eduardo Cambi. DJ 6 de março de 2024. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000026776011/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0098863-67.2023.8.16.0000>. Acesso em: 21 maio 2024.

²¹ PARANÁ. Tribunal de Justiça (12ª Câmara Cível). Agravo n. 0031639-15.2023.8.16.0000. Relator: Desembargador Eduardo Cambi. DJ 23 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000024921951/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0031639-15.2023.8.16.0000>. Acesso em: 22 maio 2024.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO 01 CONHECIDO E NÃO PROVIDO. APELAÇÃO 02. RECURSO DO RÉU. PLEITO DE EXCLUSÃO DOS DIREITOS SOBRE A CONSTRUÇÃO EM TERRENO PRÓPRIO DA PARTILHA DE BENS. IMPOSSIBILIDADE. TERRENO ADQUIRIDO ANTES DA UNIÃO ESTÁVEL. EXISTÊNCIA DE PROVAS DE QUE A CONSTRUÇÃO DA CASA OCORREU NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE AVERBAÇÃO DA CONSTRUÇÃO QUANDO DA AQUISIÇÃO DO TERRENO. DEPOIMENTO DE INFORMANTE. VALOR PROBATÓRIO CONDICIONADO À COERÊNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. PERSUAÇÃO RACIONAL E MOTIVADA DO JUIZ. PARTILHA MANTIDA. RECURSO 02 CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(TJPR - 12ª Câmara Cível - 0000558-66.2020.8.16.0028 - Colombo - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 18.09.2023)²² (grifo nosso).

Insta salientar que o julgado de relatoria do desembargador Sigurd Roberto Bengtsson trata acerca dos alimentos compensatórios fixados, a favor de ex-cônjuge vítima de violência, assim, tem-se o seguinte precedente:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEFERIU PARCIALMENTE O PEDIDO LIMINAR, FIXANDO ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS, RESTABELECENDO PLANO DE SAÚDE E MAJORANDO ALIMENTOS DOS FILHOS. INSURGÊNCIA RECURSAL DO REQUERIDO. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA DECISÃO. ALEGA QUE COM A FIXAÇÃO DOS VALORES, SERÁ DESCONTADO CERCA DE 66% DA SUA RENDA LÍQUIDA, QUE ALUGUÉIS CONSIDERADOS NÃO SÃO REGULARES E QUE A GENITORA APRESENTOU DESPESAS QUE NÃO SÃO EXCLUSIVAMENTE DOS FILHOS. **FIXADOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS ANTE A VIOLÊNCIA SOFRIDA PELA EX-CÔNJUGE. PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO. PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES.** MAJORAÇÃO DOS ALIMENTOS CONSIDERANDO VALORES COMPROVADAMENTE AUFERIDOS NOS AUTOS DO PROCESSO. RENDA RECEBIDA DE HOSPITAL E ALUGUÉIS. DECISÃO LIMINAR MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJPR - 11ª Câmara Cível - 0069135-78.2023.8.16.0000 [0042928-42.2023.8.16.0000/1] - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR SIGURD ROBERTO BENGTTSSON - J. 25.10.2023)²³ (grifo nosso).

²² PARANÁ. Tribunal de Justiça (12ª Câmara Cível). Apelação n. 0000558-66.2020.8.16.0028. Relator: Desembargador Eduardo Cambi. DJ 18 de setembro de 2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000025802321/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000558-66.2020.8.16.0028>. Acesso em: 20 maio 2024.

²³ PARANÁ. Tribunal de Justiça (11ª Câmara Cível). Agravo n. 0069135-78.2023.8.16.0000. Relator: Desembargador Sigurd Roberto Bengtsson. DJ 25 de outubro de 2023. Disponível em: [https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000025651741/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0069135-78.2023.8.16.0000/20\[0042928-42.2023.8.16.0000/1\]](https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000025651741/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0069135-78.2023.8.16.0000/20[0042928-42.2023.8.16.0000/1]). Acesso em: 20 maio 2024.

A decisão proferida justifica a fixação dos alimentos e o julgamento com a adoção do Protocolo de Gênero, com base na violência sofrida pela mulher. No entanto, tal entendimento não deve ser limitado à agressão, ou torná-la fator necessário para concessão dos alimentos compensatórios e para análise com base no referido Protocolo, uma vez que, acaba por reduzir a importância destes institutos.

Outrossim, verifica-se a tímida aplicação do Protocolo de Gênero por parte dos magistrados, bem como a ausência de mulheres hipossuficientes que, neste recorte realizado, recebem alimentos compensatórios. Em decorrência disso, surgem diversas questões acerca da efetividade, tanto do Protocolo de Gênero, quanto dos próprios alimentos compensatórios, provando que mediante a tentativa de prevenir e combater as discriminações, nem todas as mulheres estão de fato tuteladas. Isso porque, com base nas análises históricas, bem como dos precedentes analisados, o ato de recorrer ao judiciário ainda é algo elitizado, portanto, as pessoas mais vulneráveis e hipossuficientes acabam sendo excluídas.

CONCLUSÃO

Com base no presente artigo conclui-se que a desigualdade de gênero trata-se de uma questão histórica, contudo, é necessário considerar que por meio de reivindicações de mulheres pertencentes à elite, direitos foram sendo gradativamente garantidos, como o divórcio. Sendo assim, o Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de Gênero, bem como a prestação de alimentos compensatórios, apresentam-se como avanços para os direitos das mulheres.

Entretanto, conforme aventado ao decorrer do trabalho, a aplicação do Protocolo ainda é pouco expressiva. Quanto aos alimentos compensatórios, tem-se maior expressividade, apesar de não ser uma demanda popular que se estende a todas as mulheres, pertencentes a todas as classes sociais.

Portanto, é preciso reconhecer a importância dos alimentos compensatórios para a promoção da igualdade de gênero, por meio de seu caráter indenizatório, observando a realidade do ex-casal, com o objetivo de não deixar a mulher em situação de disparidade, mas mantendo seu padrão de vida. Afinal, as decisões analisadas têm considerado o trabalho realizado pela mulher, explorando para além dos limites patrimoniais ao considerar esforço comum a contribuição afetiva e o trabalho doméstico.

De semelhante modo, tem-se o Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de Gênero, uma ferramenta que deve ser mais utilizada pelo Poder Judiciário para decidir questões em que exista a possibilidade de sua aplicabilidade, como as demandas que versam sobre alimentos compensatórios, não restringindo sua aplicação a fatos ou acontecimen-

tos isolados, mas atribuindo a sua real importância e relevância em questões referentes à desigualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes; MELO, Hildete Pereira. *Tempos e memórias do feminismo no Brasil*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010. Disponível em: http://www.mulheres.ba.gov.br/arquivos/File/Publicacoes/TemposeMemorias_MovimentoFeministanoBrasil_2010.pdf. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 21 maio 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 26 maio 2024.

FÁVERI, Marlene de. O divórcio nas páginas de Manchete. XVI Encontro Estadual de História da ANPUH - SC. *Revista História e Movimentos Sociais*. 07 a 10 de junho de 2016. ISSN: 2316-1035.

IBGE. *Estatísticas de Gênero: Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: IBGE, 2024. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 21 maio 2024.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil – Volume 5 – Famílias*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 13 dez./jan. 2010.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020. Disponível em: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publication/en/2020/protocolo_perspectiva_de_genero.pdf. Acesso em: 21 maio 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (11ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 0002229-72.2024.8.16.0000. Relator: Desembargadora Lenice Bodstein. DJ. 15 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000027444381/>. Acesso em: 20 maio 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (11ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 0051773-63.2023.8.16.0000. Relator: Desembargadora Lenice Bodstein. DJ. 8 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000025827411/>. Acesso em: 20 maio 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (12ª Câmara Cível). Recurso de Apelação n. 0099104-41.2023.8.16.0000. Relator: Desembargador Eduardo Cambi. DJ 20 de maio de 2024. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000026785391/>. Acesso em: 23 maio 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (12ª Câmara Cível). Agravo n. 0031639-15.2023.8.16.0000. Relator: Desembargador Eduardo Cambi. DJ 23 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000024921951/>. Acesso em: 22 maio 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (12ª Câmara Cível). Agravo n. 0098863-67.2023.8.16.0000. Relator: Desembargador Eduardo Cambi. DJ 6 de março de 2024. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000026776011/>. Acesso em: 21 maio 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (12ª Câmara Cível). Apelação n. 0000558-66.2020.8.16.0028. Relator: Desembargador Eduardo Cambi. DJ 18 de setembro de 2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000025802321/>. Acesso em: 20 maio 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (11ª Câmara Cível). Agravo n. 0069135-78.2023.8.16.0000. Relator: Desembargador Sigurd Roberto Bengtsson. DJ 25 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000025651741/>. Acesso em: 20 maio 2024.

PINTO, Celi Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Revista de Sociologia e Política*, v. 18, n. 36, p. 15–23, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/GW9TMRsYgQNzxNjZNCsBf5r/?lang=pt>. Acesso em: 27 jun. 2023.

SEIXAS, Larissa Selhorst. “*O feminismo no bom sentido*”: o Centro Paranaense Feminino de Cultura e o lugar das mulheres no mundo político, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. *TJPR recebe protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKl/content/tjpr-recebe-protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero/18319#:~:text=“O%20Protocolo%20é%20um%20pontapé,gênero”%2C%20destacou%20a%20Dra. Acesso em: 22 jun. 2024.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *TRF4 promove curso sobre julgamento com perspectiva de gênero*. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=27478. Acesso em: 22 jun. 2024.

DIREITO LGBTQIA+

PRODUÇÃO LEGISLATIVA E A PROTEÇÃO JURÍDICA-CONSTITUCIONAL DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Douglas Henrique Kricowski dos Santos

RESUMO

A decisão proferida pelo Superior Tribunal Federal nas ações conjuntas ADI 4.277 e ADPF 132, estabeleceu o reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo gênero como entidades familiares, desde que cumpridos os requisitos legais do artigo 1.723 do Código Civil brasileiro. No entanto, é crucial investigar se o Poder Legislativo tem adotado medidas para efetivar a consolidação e a proteção jurídica das uniões homoafetivas como entidade familiar. Para isso, além da pesquisa bibliográfica exploratória na literatura e legislação, foram, também, levantados com recurso à ferramenta de busca no portal da Câmara dos Deputados, os Projetos de Lei (PL) e Projetos de Lei Complementar (PLC) que versaram sobre a temática utilizando palavras-chave como “união homoafetiva”, “entidade familiar”, “reconhecimento” e “família” com marco inicial o ano de 2011 em que foram julgadas as referidas ações. Ressalta-se que nesse momento o objetivo da pesquisa foi investigar se houve iniciativas legislativas e futuramente pretende-se analisar os projetos. Os resultados indicam que após a decisão do STF, surgiram iniciativas de lei relacionados ao tema, entretanto, a maioria desses projetos foi arquivada ou enfrentou obstáculos na tramitação devido à morosidade legislativa. Ademais, apesar da postura mais ampla do STF em relação ao conceito de família, grupos conservadores e religiosos têm buscado influenciar a esfera legislativa para restringir ou revogar os direitos já conquistados. Dessa forma, pode-se concluir que o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares pelo STF trouxe avanços significativos, mas a efetivação e a ampliação desses direitos ainda enfrentam desafios na arena legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Entidade familiar; reconhecimento; homoafetividade.

ABSTRACT

The decision rendered by the Supreme Federal Court in the joint actions ADI 4.277 and ADPF 132 established the recognition of same-sex relationships as family entities, provided they meet the legal requirements set forth in Article 1,723 of the Brazilian Civil Code. However, it is crucial to investigate whether the Legislative Branch has taken measures to effectively consolidate and protect the legal status of same-sex unions as family entities. To this end, in addition to exploratory bibliographic research in the literature and legislation, projects of law (PL) and complementary law (PLC) addressing this topic were identified using keyword searches on the Chamber of Deputies' portal, with a starting

point in 2011, the year the aforementioned actions were judged. It is emphasized that at this stage, the research aimed to investigate whether there had been legislative initiatives, with future plans to analyze the projects. The results indicate that following the STF's decision, legislative initiatives related to the topic emerged; however, most of these projects were shelved or faced obstacles in the legislative process due to legislative sluggishness. Furthermore, despite the broader stance of the STF regarding the concept of family, conservative and religious groups have sought to influence the legislative sphere to restrict or revoke already established rights. Thus, it can be concluded that the recognition of same-sex unions as family entities by the STF has brought significant advances, but the realization and expansion of these rights still face challenges in the legislative arena.

KEYWORDS: Family entity; recognition; same-sex unions.

INTRODUÇÃO

Os direitos das pessoas LGBTQIA+ constituem uma parte fundamental na contenda pela igualdade, inclusão e dignidade. Na realidade brasileira, a evolução desses direitos tem sido caracterizada por uma complexa trajetória ao longo das décadas, revelando avanços significativos em termos de reconhecimento e garantias, entrelaçados com desafios e retrocessos. Quanto à busca pelo reconhecimento como entidade familiar, especificamente, ainda há desafios significativos.

No contexto jurídico, a definição das configurações familiares é delineada pelo artigo 226, §3º, da Constituição Federal de 1988 ao que definir que é “reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”¹, e regulada pelo artigo 1.723 do Código Civil sendo “reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”², além da Lei 9.278/92 em art. 1º que replicou texto constitucional³.

Nesse sentido, torna-se relevante mencionar que a expressão “entidade familiar” somente foi incorporada ao texto legislativo com a inauguração da CF de 1988, mencionando expressamente esse termo em seu art. 226, § 3º e §4º⁴. Dito isso, após a exposição da

¹ Artigo 226 da CF/88: a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

² Art. 1.723 do Código Civil. “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

³ Lei 9.278/9 Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

⁴ Os parágrafos 3º e 4º do art. 226, da CF, reconhecem a união estável e a entidade monoparental ou unilinear, respectivamente: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre

temática no ordenamento jurídico brasileiro, salienta-se que a interpretação desses pilares legais pelo judiciário brasileiro foi de suma importância para fundamentar decisões judiciais relativas a questões como a união homoafetiva e os direitos das pessoas LGBTQIA+ ao lograr êxito em ampliar o conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação a isso, é pertinente enfatizar o papel proeminente desempenhado pelo Poder Judiciário ao reconhecer os direitos de grupos minoritários por meio da aplicação do controle concentrado de constitucionalidade. Isso é, segundo Ferraz, particularmente relevante considerando as transformações decorrentes do estado de bem-estar social, que equipararam a responsabilidade do Judiciário àquelas dos Poderes Legislativo e Executivo “pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social”⁵.

Um exemplo significativo para a realidade brasileira, é o julgamento conjunto da ADI n. 4.277 e da ADPF n.132⁶ em 05 de maio de 2011, na qual o Supremo Tribunal Federal conferiu uma interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil ao reconhecer constitucionalmente que a união estável entre pessoas do mesmo gênero, deve ser considerada entidade familiar e, portanto, possuindo todos os efeitos jurídicos decorrentes.⁷ Essa situação, somada a diversos outros exemplos, demonstra que, ao contrário do Poder Legislativo, o Poder Judiciário vem desempenhando atuação assertiva no contexto brasileiro, especialmente quando se trata de questões relacionadas aos direitos humanos.

Diante do exposto, e levando em consideração que a união homoafetiva é uma forma legítima de constituição familiar, caracterizada, nas palavras de Dias, por relações “fundamentadas na afetividade que une o casal, indo além do mero componente sexual⁸”, torna-se imperativo avaliar se o Poder Legislativo tem envidado esforços para efetivar os direitos conquistados, especialmente após o reconhecimento das famílias homoafetivas pelo Poder Judiciário.

o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

⁵ Ferraz Jr., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, n. 21, p. 12-21, 1994.

⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Supremo Tribunal Federal, Relator: Ayres Britto, julgado em 05 mai. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 20 abr 2024.

⁷ A interpretação conforme a Constituição dada pelo Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como um quarto modelo de família brasileira além da decorrente do casamento, da união estável heteroafetiva e a entidade familiar monoparental.

⁸ Dias, Maria Berenice [coordenação]. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 490.

1. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS DAS PESSOAS LGBTQIA+ NO BRASIL

O reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar tornou-se possível graças a interação doutrinária brasileira, isto é, após a interpretação do texto constitucional em sentido amplo. Tal possibilidade encontra respaldo, segundo Lobô, na própria Constituição Federal ao afirmar que “rol do artigo 226 é exemplificativo e, portanto, permite estender direitos a outros grupos ali não mencionados”⁹.

Nessa esteira, historicamente o papel atribuído para constituição e reconhecimento familiar sempre foi para fins de procriação, o que naturalmente excluía do status de família os grupos que não atendessem a esse requisito. Sobre isso, Matos afirma que o “reconhecimento da família monoparental, por exemplo, afastou definitivamente o argumento de que a impossibilidade de procriação seja um óbice à atribuição do *status familiae*”¹⁰. Isso evidencia que ao eliminar a necessidade de procriação do critério para o reconhecimento como entidade familiar, foram concebidas diversas possibilidades que consideram a subjetividade humana.

Como evolução da questão temos no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, a equiparação da união estável entre homem e mulher ao casamento, dispondo em seu parágrafo 3º que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, e no parágrafo 4º que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Tal dispositivo legal mantém relação estreita com o artigo 1.723 do Código Civil ao prever expressamente que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, configurada pela convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Isso demonstra a relevância que a família possui no texto constitucional brasileiro.

Por outro lado, aqui cabe ressaltar a omissão do legislador em relação a união homoafetiva como entidade familiar que reflete em um vácuo legal impactando diretamente os direitos e proteções civis de casais do mesmo gênero. Em muitos países, por exemplo, a legislação ainda não reconhece plenamente essas uniões como entidades familiares, o que pode resultar em discriminação e falta de acesso a direitos básicos, como herança, pensão, seguro de saúde e custódia de filhos.

⁹ LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, n.12, jan./mar.2002.

¹⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: Aspectos jurídicos e sociais*, 2004, p.33.

Felizmente essa omissão foi sanada pelo julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4277 – com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132 – que equiparou, para todos os fins, as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi um marco importante na luta pelos direitos civis e sociais da comunidade LGBTQIA+, destacando a importância do Judiciário na promoção de avanços significativos em direitos humanos, frente à inércia legislativa

No quadro a seguir é possível visualizar, em ordem crescente, a trajetória das lutas por reconhecimento e pertencimento da comunidade LGBTQIA+ no Brasil:

QUADRO 1 – EVOLUÇÃO DOS DIREITOS LGBTQIA+

PERÍODO	EVENTOS
1960 a 1970	A homossexualidade era criminalizada no Brasil e considerada crime sob a lei, resultando em perseguição e discriminação generalizada contra a comunidade LGBTQIA+.
1980 a 1990	O movimento LGBTQIA+ começa a ganhar visibilidade no Brasil, com a formação de grupos de ativistas que lutam por direitos e igualdade. A Parada do Orgulho LGBT de São Paulo, realizada pela primeira vez em 1997, se torna um marco importante de visibilidade. A Constituição Federal de 1988 garante a igualdade de direitos a todos os cidadãos, mas a discriminação e a violência contra a comunidade LGBTQIA+ ainda persistem. A epidemia de HIV/AIDS também destaca a questão dos direitos LGBTQIA+.
2000 a 2010	Em 2000, o Brasil permite que casais do mesmo sexo registrem uniões estáveis. Em 2004, o Conselho Federal de Psicologia proíbe terapias de conversão para “curar” a homossexualidade.
2010 a 2020	A decisão histórica do STF em 2011 reconhece as uniões homoafetivas como entidades familiares; o Supremo Tribunal Federal criminaliza a LGBTfobia e equipara a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero ao crime de racismo; o casamento civil entre pessoas do mesmo gênero.

FONTE: Autoria Própria (2024).

Da análise anterior é possível perceber que nos últimos anos o Brasil tem testemunhado uma notável evolução nos direitos das pessoas LGBTQIA+, com conquistas que vão desde reconhecimento da união estável pelo Supremo Tribunal Federal em 2011, passando pela legalização do casamento civil entre pessoas do mesmo gênero em 2013, até criminalização da homofobia e a transfobia, em 2019, equiparando tais atos aos crimes de racismo.

Ademais, a discussão sobre a inclusão da união homoafetiva no conceito de entidade familiar envolve não apenas questões legais, mas também princípios de igualdade, dignidade humana e liberdade de orientação sexual.

No entanto, apesar desses progressos legais, os desafios persistem, incluindo altos índices de violência contra a população LGBTQIA+ e a necessidade contínua de combater o preconceito enraizado na sociedade brasileira. A luta pela igualdade e plena garantia dos direitos dessas comunidades continua sendo um processo em andamento.

2. A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS LGBTQIA+ PELA VIA JUDICIAL

No Brasil, conforme já evidenciado, ao longo dos anos, a justiça tem desempenhado um papel fundamental na conquista de direitos para a comunidade LGBTQIA+, e o Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente, tem desempenhado um papel fundamental e de destaque na concretização do reconhecimento da união familiar homoafetiva no Brasil, por meio de decisões emblemáticas e avançadas, que contribuíram de maneira significativa para a conquista dos direitos e da igualdade para casais do mesmo gênero.

É o caso do julgamento que versou sobre o reconhecimento da união estável dos casais homoafetivos como entidade familiar nos Autos das Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, detalhadas a seguir.

Em 05 de maio de 2011, a Corte Suprema brasileira, em julgamento histórico, conferiu interpretação, conforme a Constituição, ao art. 1.723 do Código Civil, o que permitiu o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, estendendo à mesma todos os direitos decorrentes da união estável. Nesse sentido, merece destaque o voto proferido pelo relator Ministro Ayres Brito:

dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família¹¹

¹¹ STF. ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, Relator: Ayres Brito, julgado em 05 mai. 2011. Trecho do voto proferido pelo Ministro Relator Ayres Brito, que, com base no que denomina de “constitucionalismo fraternal” deu interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 20 abr 2024.

Essa ação reafirmou vários princípios constitucionais e jurisprudenciais como o princípio da igualdade, da afetividade, da não discriminação, da autonomia privada, mas principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais foi com base nessa decisão que o CNJ, em 2013, aprovou a resolução 175¹² que obrigou os cartórios de todo o país a realizarem o registro de casamento civil entre pessoas do mesmo gênero, fato esse que representou um avanço significativo na garantia dos direitos dos casais homoafetivos de estabelecerem legalmente suas uniões, obtendo reconhecimento e proteções similares às uniões heterossexuais. Essa medida foi crucial para garantir a igualdade de direitos e a proteção jurídica completa para casais homoafetivos, consolidando um avanço significativo no reconhecimento dos direitos LGBTQIA+ no país

O protagonismo do STF nesse contexto se estende além dessas decisões pioneiras que não apenas reforçam o compromisso da justiça brasileira com a igualdade e os direitos humanos, mas também influenciam a transformação social ao garantirem espaços para todos.

3. OS DIREITOS LGBTQIA+ E O PODER LEGISLATIVO

É evidente que a questão dos direitos da comunidade LGBTQIA+ tem ganhado destaque em muitos países ao redor do mundo nas últimas décadas. Sendo assim, o Poder Legislativo desempenha um papel fundamental na promoção e proteção desses direitos, pois é dele o poder constitucional originário de criar, revisar e implementar leis que impactam a vida das pessoas pertencentes a essa comunidade

Nesse aspecto, é fundamental lembrar que a proteção e promoção dos direitos LGBTQIA+ não é uniforme entre os Estados e depende das normas culturais, da opinião pública e das políticas locais. Por isso, é correto afirmar que o Poder Legislativo desempenha um papel relevante em moldar a igualdade e a inclusão para a comunidade LGBTQIA+ em seu contexto específico. Ademais, em muitos países, houve avanços significativos na legislação em prol dos direitos LGBTQIA+, mas também persistem desafios e lutas contínuas para garantir a plena igualdade e respeito pelos direitos humanos de todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Dito isso, o mapeamento da produção legislativa em matéria LGBTQIA+ no que tange ao reconhecimento como entidade familiar foi construído a partir da inserção de palavras-chave como “união homoafetiva”, “reconhecimento”, “família” e “entidade familiar” no Portal da Câmara dos Deputados, no qual foram encontradas proposições legislativas

¹² CNJ. Resolução Nº175 de 14/05/2013.CNJjus,2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754#:~:text=1%C2%BA%20%C3%89%20vedada%20%C3%A0s%20autoridades,corregedor%20para%20as%20provid%C3%A2ncias%20cab%C3%ADveis>. Acesso em: 02 abr 2024.

que remontam ao ano de 1995. É fundamental salientar que, como ponto de partida da pesquisa, foi considerado apenas Projeto de Lei (PL) e Projetos de Lei Complementar (PLC) propostos a partir de 2011, desconsiderando outros tipos de proposição legislativas.

Em relação ao marco temporal de 2011, este foi escolhido em razão da significativa importância histórica, marcada pela decisão favorável nas ações ADI4.277 e ADPF 132, que representaram uma conquista de grande relevância para a comunidade LGBTQIA+ ao equiparar, para todos os fins, as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas.

Nesse contexto, em relação ao foco da pesquisa e considerando o recorte temporal, foram catalogadas apenas 12 proposições registradas no Sistema de Informações Legislativas da Câmara dos Deputados que abordam a temática.

Além disso, foi inserido no presente trabalho um Projeto de Lei anterior ao marco temporal estabelecido por ser considerado o primeiro registro legislativo que tratou da extensão de direitos para a comunidade LGBTQIA+.

Os dados analisados evidenciam que a produção legislativa em matéria de direitos LGBTQIA+ no Brasil tem sido marcada por lentidão e avanços limitados. Diversos fatores contribuem para essa morosidade, incluindo a polarização política e o conservadorismo de parte significativa do Congresso Nacional. O quadro a seguir oferece uma análise atualizada da situação deste assunto no contexto legislativo do Brasil.

QUADRO 2 - PROJETOS DE LEI RELACIONADOS AOS DIREITOS
HOMOAfetivos NO BRASIL

NÚMERO DO PL	APRESENTAÇÃO	AUTOR	SITUAÇÃO
PL 4224/2023	30/08/2023	Erika Hilton – PSOL/SP	TRAMITANDO EM CONJUNTO
PL 2503/2023	11/05/2023	Bacelar – PV/BA	TRAMITANDO EM CONJUNTO
PL 5423/2020	08/12/2020	Maria do Rosário – PT/RS	AGUARDANDO PARECER
PL 3397/2020	18/06/2020	David Miranda – PSOL/RJ	AGUARDANDO DESIGNAÇÃO DE RELATOR
PL 2927/2019	16/05/2019	Márcio Jerry – PCdoB/MA	AGUARDANDO PARECER
PL 2653/2019	07/05/2019	David Miranda – PSOL/RJ	AGUARDANDO DEFINIÇÃO ENCAMINHAMENTO
PL 620/2015 ¹³	06/03/2015	Júlia Marinho – PSC/PA	TRAMITANDO EM CONJUNTO

¹³ BRASIL. *Projeto de Lei nº 620, de 6 de março de 2015*. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para vedar a adoção conjunta por casal homoafetivo. Autora:

Brasil. Entre essas conquistas, destacam-se: o casamento Igualitário desde 2013, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo gênero, garantindo a igualdade de direitos para casais LGBTQIA+; a questão da identidade de gênero, sendo permitido que pessoas trans e não binárias alterem seus documentos para refletir sua identidade de gênero autoidentificada, sem a necessidade de cirurgias de redesignação sexual; a disseminação de campanhas que visam coibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero em setores como emprego, educação e serviços públicos; a extensão dos direitos de adoção e parentalidade no qual, casais do mesmo gênero têm o direito de adotar filhos e contar com proteções legais relacionadas à parentalidade; e a expansão dos serviços e programas de saúde pública que abordam questões específicas incluindo HIV/AIDS e cuidados de saúde mental.

Também, importa salientar que o Brasil, como muitos outros países, abriga uma diversidade de perspectivas políticas em sua arena legislativa, o que inclui grupos conservadores que, em certos casos, se opõem aos direitos e às questões relacionadas à comunidade LGBTQIA+.

Isso reflete um movimento de oposição à promoção da igualdade de gênero e sexualidade por meio da elaboração de projetos de lei, logo, por meio dessa etapa foi possível constatar a falta de acolhimento das demandas dos movimentos sociais LGBTQIA+ por parte do Parlamento brasileiro.

4. O EFEITO “BACKLASH” À DECISÃO DO STF SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

O termo “*backlash*”, de acordo com Kozicki¹⁶, pode ser traduzido como reação, resposta contrária, repercussão e que dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais.

Nesse cenário, conforme evidenciado, a maioria dos recentes avanços nos direitos da população LGBTQIA+ no Brasil como a partilha de bens, pensão por morte, condição de dependente em planos de saúde, adoção, entre outros, ocorreram por meio de decisões judiciais, com pouca ou nenhuma participação do Poder Legislativo nesse processo o

¹⁶ Kozicki, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito_achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

que fez surgir, na esfera legislativa, a presença de um fenômeno conhecido como “reação legislativa” ou “efeito *backlash*”.

Um exemplo notável do fenômeno “*backlash*” ocorreu com o julgamento conjunto da ADI 4.277 com a ADPF 132, que equiparou, para todos os fins, as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil de 2002.

Posteriormente, surgiu na Câmara dos Deputados uma discussão em torno da elaboração de um Projeto de Lei (6583/2013) que, em contraposição à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não visava estabelecer diretrizes claras para a regulamentação dessas uniões e propunha um modelo de constituição familiar mais restritivo e conservador.

Nessa esteira, o Projeto de Lei 6583/2013, mais conhecido como “Estatuto da Família”, é uma proposta legislativa que foi apresentada na Câmara dos Deputados em 2013 pelo então deputado Anderson Ferreira, do Partido Social Cristão (PSC). Seu principal objetivo era estabelecer uma definição legal do que seria considerado como “entidade familiar”, isto é, a definição de família.

Sendo assim, nos termos do seu art. 1º, “esta lei institui o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar”. Em complemento, enuncia a proposta de art. 2º da norma que “para os fins desta lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Dentro desse escopo, o projeto busca definir família como a união entre um homem e uma mulher por meio do casamento ou da união estável, excluindo explicitamente qualquer reconhecimento legal de famílias formadas por casais do mesmo gênero. Saboia e Batista¹⁷ afirmam que o PL 6583/13 propõe políticas de proteção à família tendo em vista um único modelo de família.

Na prática, o projeto apenas prevê que a família é o núcleo familiar afetivo constituído somente a partir de uma união heteroafetiva e cisgênera, buscando, assim, desconstituir a abertura que foi dada no conceito de família por meio de decisão do Superior Tribunal Federal.

Logo, cumpre ressaltar que o artigo 2º do projeto de lei 6583/2013 é considerado inconstitucional por ignorar o conceito de família monoparental delineado no artigo 226,

¹⁷ Saboia, Fernanda Rosas Pires de, Batisa, Joluiza. *Estatutos das Famílias X Estatuto da Família*. Disponível em: http://www.cfemea.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4500:estatutos-das-familias-x-estatuto-da-familia-&catid=212:artigos-e-textos&Itemid=146. Acesso em: 08 abr. 2024.

parágrafo 4º, da Constituição, que engloba um ascendente e seus descendentes. Como mencionado anteriormente, a redação do projeto restringe a definição de família aos pais convivendo com seus filhos, excluindo, também, as famílias monoparentais compostas por avós e netos.

5. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO PERSPECTIVA PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTQIA+

Considerando que no Brasil, historicamente, a comunidade LGBTQIA+ tem sido alvo de preconceito e discriminação e que a falta de ação do Poder Legislativo levou à garantia de muitos de seus direitos por meio de decisões judiciais, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, é relevante mencionar que o controle de convencionalidade representa uma alternativa viável na consolidação dos direitos LGBTQIA+ seja pela via judicial ou legislativa.

Coaduna com tal afirmação, o fato de a Organização das Nações Unidas, em 2011, pela primeira vez na história, ter declarado na Resolução dos Conselhos de Direitos Humanos que os direitos das pessoas LGBTQIA+ são uma parte integrante dos direitos humanos. Contudo, é importante ressaltar que não há um documento específico assinado em conjunto pelos países que compõem essa entidade que aborde diretamente os direitos humanos da população LGBTQIA+, em vez disso, existem diretrizes gerais fornecidas por organismos internacionais e interpretações por eles formuladas.

Nesse aspecto, Nobre¹⁸ evidencia a importância de uma cartilha elaborada pela ONU na qual são estabelecidos cinco compromissos legais que os países devem cumprir com o objetivo de proteger os direitos humanos das pessoas LGBTQIA+. São eles: proteger indivíduos de violência homofóbica e transfóbica; prevenir tortura e tratamento cruel, desumano e degradante de pessoas LGBTQIA+; descriminalizar a homossexualidade; proibir discriminação baseada em orientação sexual ou identidade de gênero; e respeitar as liberdades de expressão, de associação e de reunião pacífica.

Sendo assim, é incontestável que diante do cenário de violência enfrentado por essa comunidade, em muitas situações, tais orientações se mostram insuficientes. Ainda assim, com a expansão do direito internacional dos direitos humanos torna-se relevante abordar a temática dos direitos LGBTQIA+ sob a perspectiva do controle de convencionalidade.

¹⁸ Nobre, Ivanka Franci Delgado. *A condição LGBTQIA+ no ambiente laboral e a perspectiva de proteção no Internacional e Constitucional: entre a normatividade e a autopercepção do sujeito*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021, p. 77.

Sob essa perspectiva, o controle de convencionalidade em prol da tutela dos direitos humanos fundamentais é um conceito importante no contexto do direito internacional e do direito constitucional. Esse controle refere-se à análise da compatibilidade entre as normas e decisões internas de um país e as normas de direito internacional dos direitos humanos, com o objetivo de garantir a proteção efetiva desses direitos. Sobre a temática, temos em Flávia Piovesan e André de Carvalho Ramos duas importantes contribuições a serem consideradas.

Piovesan¹⁹, a partir do conceito teórico de Constituição Trapézio, refere-se a uma concepção de Constituição que vai além do formato tradicional e adota uma perspectiva mais aberta e pluralista. Dito de outra forma, a jurista argumenta que uma Constituição deve ser flexível o suficiente para abarcar não apenas as normas internas, mas também as normas de direito internacional dos direitos humanos, tratando-as como parte integrante do ordenamento jurídico interno.

Dessa forma, a Constituição assume uma forma “trapezoidal”, na qual as normas internas e as normas internacionais coexistem e se complementam na proteção dos direitos fundamentais.

Já a teoria do duplo controle, desenvolvida por André de Carvalho Ramos²⁰, propõe uma abordagem específica para o controle de convencionalidade. Segundo essa teoria, há dois níveis de controle: o Controle de Constitucionalidade como sendo o controle clássico que ocorre nos tribunais internos de um país para verificar a compatibilidade das leis e atos normativos nacionais com a Constituição nacional que visa garantir que as normas internas estejam em conformidade com os princípios e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição do país. E o controle de Convencionalidade que, por sua vez, tem como base a análise da conformidade das normas e decisões internas com os tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo país. Aqui, o foco é assegurar que as normas internas estejam em conformidade com os padrões internacionais de direitos humanos estabelecidos por esses tratados.

A partir do estudo dos dois autores, é possível aferir que a teoria do duplo controle reconhece a interação entre o sistema jurídico interno e o sistema de direitos humanos internacionais, destacando a importância de garantir que as normas internas não apenas atendam aos padrões nacionais de constitucionalidade, mas também estejam alinhadas com os compromissos internacionais assumidos pelo Estado.

Em outras palavras, a combinação da abordagem da Constituição Trapézio de Flávia Piovesan com a teoria do duplo controle de André de Carvalho Ramos proporciona uma

¹⁹ Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Bibliografia. 1. Direito constitucional 2. Direitos humanos (Direito internacional). 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁰ Ramos, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 1. Direitos humanos 2. Direitos humanos - Brasil 3. Direitos humanos (Direito internacional). 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

estrutura jurídica sólida para garantir a proteção efetiva dos direitos humanos fundamentais, reconhecendo a interdependência entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, sendo isso fundamental para assegurar que os Estados cumpram suas obrigações de proteger e promover os direitos humanos em nível nacional e internacional.

Ademais, o controle de convencionalidade precisa ser amplamente aplicado, não apenas no contexto das decisões judiciais por meio do diálogo entre tribunais, mas principalmente dentro do Poder Legislativo, a fim de impedir que propostas que não estejam em conformidade com normas internacionais de direitos humanos sejam aprovadas.

CONCLUSÕES

Conforme apresentado, foi possível aferir que discussões e propostas legislativas relacionadas ao tema existiram (e ainda existem) com o objetivo tanto de regulamentar e ampliar os direitos e proteções para as uniões homoafetivas quanto mitigar as conquistas alcançadas.

O cenário legislativo brasileiro demonstra que, apesar de algumas iniciativas e projetos de lei serem apresentados, poucos são efetivamente aprovados e implementados. Isso evidencia a necessidade de uma mudança significativa na abordagem política e cultural para que haja um avanço mais efetivo e ágil na proteção dos direitos LGBTQIA+ no Brasil.

Verificou-se também que há omissão legislativa em reconhecer explicitamente os direitos desse grupo, especialmente no que tange ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, o que tem levado a comunidade LGBTQIA+ a recorrer ao Poder Judiciário, especialmente ao Superior Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, a fim de que, por meio da interpretação constitucional haja reconhecimento e proteção de seus direitos.

Outro ponto crucial a ser observado na esfera do Poder Legislativo é o fenômeno conhecido como “reações legislativas” ou “efeito *backlash*”, que tem como objetivo anular ou reverter os efeitos de decisões judiciais que reconheceram direitos, o que ocorre com frequência em questões relacionadas à população LGBTQIA+.

Também é interessante mencionar que o controle de convencionalidade surge como uma alternativa para proteger os direitos da comunidade LGBTQIA+, considerando que o Brasil assumiu compromissos perante a comunidade internacional de promoção e garantia de direitos humanos.

Por fim, destaca-se o papel crucial do Supremo Tribunal Federal que a partir de uma abordagem inclusiva e progressista, foi fundamental na concretização da união fami-

liar homoafetiva no Brasil, ao tomar decisões que asseguraram direitos iguais para todos independentemente da orientação sexual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Projeto de Lei nº 6583/13*. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Autor: Anderson Ferreira Rodrigues – PSC/PE. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 620, de 6 de março de 2015*. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para vedar a adoção conjunta por casal homoafetivo. Autora: Júlia Marinho - PSC/PA. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=969166>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 1151, de 26 de outubro de 1995*. Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Autora: Marta Suplicy - PT/SP. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 20 abr. 2024.

CONSTITUIÇÃO (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

CNJ. *Resolução Nº 175, de 14/05/2013*. CNJ jus, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 02 abr. 2024.

DEPUTADOS, Câmara. *Sistema de informações legislativas*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaportal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=data&abaEspecificas=true&q=uni%C3%A3o%20homoafetiva,%20reconhecimento,%20fam%C3%ADlia&tipos=PL,PLP>. Acesso em: 01 abr. 2024.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, n. 21, p. 12-21, 1994.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, n. 12, jan./mar. 2002.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais*, 2004, p. 33.

NOBRE, Ivanka Franci Delgado. *A condição LGBTQIA+ no ambiente laboral e a perspectiva de proteção no Internacional e Constitucional: entre a normatividade e a autopercepção do sujeito*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021, p. 77.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua*: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf. Acesso em: 09 abr. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SABOIA, Fernanda Rosas Pires de; BATISTA, Joluiza. *Estatutos das Famílias X Estatuto da Família*. Disponível em: http://www.cfemea.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4500:estatutos-das-familias-x-estatuto-da-familia-&catid=212:artigos-e-textos&Itemid=146. Acesso em: 08 abr. 2024.

SANTOS, A. R. B. dos. Desdobramentos do pós-maio de 2011: reflexões sobre os requisitos da união estável a partir do cotidiano de casais do mesmo gênero. *civilistica.com*, v. 9, n. 1, p. 1-22, 09 maio 2020. Acesso em: 01 abr. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. Família. União homoafetiva. Relator: Min. Ayres Britto, 05 maio 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 20 abr. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Família. União homoafetiva. Relator: Min. Ayres Britto, 05 maio 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 20 abr. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4.277 e ADPF n. 132. Relator: Ayres Britto, julgado em 05 mai. 2011. Texto completo do voto do Ministro Carlos Ayres Britto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2024.

DIREITO DA ARTE, CULTURA, CINEMA E LITERATURA

CONSEQUÊNCIAS DO EXCESSO DE TRABALHO: A REPRESENTAÇÃO NA MÍDIA DO *KAROSHI* E *CRUNCH* E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE JAPONESA E NA INDÚSTRIA DE JOGOS

Luccas Abraão de Paiva Vidal

Paulo Schroeder Borges

RESUMO

Este trabalho visa analisar o fenômeno do *karoshi* (morte por excesso do trabalho) e sua representação na cultura japonesa através de animações conhecidas como animes. Utilizando obras como “Miss Shachiku-san” e “Death March”, explora-se o impacto do excesso de trabalho na sociedade japonesa, abordando possíveis causas, consequências e a legislação do país relativa ao tema. Por meio da revisão bibliográfica, foi possível identificar fatores como longas jornadas de trabalho, férias remuneradas, assédio moral e aspectos culturais como principais causadores do *karoshi*, aspectos representados nos animes selecionados. Embora a legislação japonesa tenha avançado na regulamentação do trabalho, ainda enfrenta desafios para conter esse fenômeno. O artigo também discute a prática do *crunch* na indústria de jogos como uma forma de excesso de trabalho, comum tanto no Japão quanto no ocidente. Por fim, destaca-se a importância da conscientização por meio da arte, como uma forma de alerta e sobre os perigos do excesso de trabalho não apenas no Japão, mas em todo o mundo, e que as reflexões propostas pelos animes são representações da realidade, e fundamentais para combater o excesso de trabalho na sociedade contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: Karoshi; Crunch; Excesso de trabalho.

ABSTRACT

This study aims to analyze the phenomenon of karoshi (death from overwork) and its representation in Japanese culture through animations known as anime. Using works such as Miss Shachiku-san and Death March, it explores the impact of overwork on Japanese society, addressing possible causes, consequences, and the country's legislation related to the issue. Through a bibliographic review, factors such as long working hours, paid vacations, workplace bullying, and cultural aspects were identified as primary contributors to karoshi, which are represented in the selected animes. Although Japanese legislation has made progress in regulating labor, it still faces challenges in curbing this phenomenon. The article also discusses the practice of crunch in the gaming industry as a form of overwork, common in both Japan and the West. Finally, it highlights the importance of raising awareness through art as a means of alerting the public to the dangers of overwork not only in Japan

but globally, emphasizing that the reflections proposed by anime are representations of reality and essential for combating overwork in contemporary society.

KEYWORDS: *Karoshi; Crunch; Overwork.*

INTRODUÇÃO

As animações vêm crescendo em popularidade nos dias de hoje, tanto em formato fílmico ou serializado. Um parâmetro que demonstra a importância deste meio artístico seriam os Oscars, que até 2002 apenas concediam prêmios especiais para produções excepcionais (especialmente as da Disney), mas que criaram uma categoria específica para produções animadas em 2001. As animações permitem a utilização de recursos normalmente não acessíveis para uma produção comum, possibilitando ao diretor e artistas responsáveis a capacidade de criar histórias únicas e fantásticas, utilizando a paleta de cores, estilos de desenho, recursos de dublagem e visuais para dar vida a enredos que por muito tempo só poderiam pairar na imaginação dos grandes cineastas.

Estas produções acabam adquirindo seu status como arte, deixando de ser consideradas apenas “infantis” e se consolidando como gênero para ser apreciado por todos. É dentro deste campo que as animações japonesas, conhecidas no ocidente como animes, são exportadas para o ocidente, com um estilo, técnicas de desenho e forma de enredos completamente diferentes dos desenhos realizados por estúdios americanos como a Hanna Barbera, Dream Works, 20thCentury Fox ou a própria Disney.

Embora as primeiras animações tenham se iniciado no Japão no início do século XX, e já existissem estúdios e empresas dedicadas na área na década de 1930, foram nos anos de 1960 que pôde-se considerar o surgimento do anime moderno, com títulos como *Astro Boy* (63-66) e *Instant History* (61-64), versões animadas dos mangás¹ que faziam sucesso na época. Nos anos 70 gêneros populares de anime, como *mecha*², estavam surgindo e se consolidando. No período da bolha financeira e imobiliária do Japão, que durou de 1986 até 1991, surge uma era de filmes animados experimentais e grandes orçamentos, incluindo *Nausicaã do Vale do Vento* (1984) e *Akira* (1988).

Nesse passo o interesse ocidental pelo mercado dos animes se massificou a partir dos anos 90, período em que *Sailor Moon* e *Dragon Ball Z* marcaram a geração millennial, dublados em várias línguas ao redor do globo. Em 2003 *A Viagem de Chihiro* ganha o Oscar

¹ Termo japonês que significa história em quadrinhos, utilizado no ocidente para designar as histórias em quadrinhos feitas no estilo japonês. A grande maioria dos animes são adaptações *live-action* dos desenhos em mangás.

² Animes que possuem como parte central do enredo robôs gigantes, normalmente pilotados, com temática futurista.

como melhor animação na premiação anual da Academia de Artes e Ciências Cinematográficas, se tornando o filme anime de maior bilheteria que só seria vencida em 2020 por *Demon Slayer the Movie: Mugen Train*. Desde os anos 2000 o crescimento da produção de séries e filmes de anime no Japão é significativa, e graças ao advento de tecnologias como a internet e serviços de streaming, facilitou-se o acesso no mundo ocidental.

O consumo transcultural de mídias populares japonesas passa a incluir a produção de conhecimento acadêmico, sendo objeto de pesquisadores engajados em ciência política, história e relações internacionais. Porém, a maioria dos estudos relacionados a área de humanidades dá foco as representações da sociedade e cultura no anime, seja representação de mito, folclore, religião, gênero ou até mesmo o corpo e relações sociais.³

É certo que essas produções artísticas são enraizadas no contexto da sociedade e cultura japonesa, carregadas de valores, aspirações, clichês, e discussões por parte de seus criadores, assim como as séries, filmes e livros que temos no ocidente. Um dos temas polêmicos representados em alguns animes é o *karoshi*, a morte decorrente de excesso de trabalho.

Sendo um problema relevante ao campo do Direito do Trabalho, encontrado também em países ocidentais, tendo se agravado com a atenuação das barreiras entre o ambiente de trabalho e familiar na residência, com o regime de *home office* durante a pandemia de Covid-19. Dessa forma mostra-se importante a análise do *Karoshi* a partir de sua representação em animes, e para tanto foi selecionada a obra *Death March to The Parallel World Rapsody* (2018) e a *Miss Shachiku-san and the Little Baby Ghost* (2022).

Ambas as séries (tanto *Death March*, quanto *Miss Sachiku-san*) permitem a problematização de dois grandes elementos: o primeiro sendo uma perspectiva de como o Japão está combatendo a prática de excesso de trabalho através de sua legislação pertinente; o segundo tópico importante visa tratar sobre as rotinas de *overworking* que advém na indústria de jogos, famosa por corriqueiramente realizar a prática do *crunch* próximo ao lançamento dos jogos.

1. ENREDO DE *DEATH MARCH TO THE PARALLEL WORLD RAPSODY* (DESU MĀCHI KARA HAJIMARU ISEKAI KYŌSŌKYOKU)

O anime popularmente conhecido como *Death March* foi ao ar no ano de 2018, dirigido por Shin Oonuma, produzido pelo estúdio Silver Link, e licenciado para o mercado ocidental pela Crunchyroll e Funimation. Ele pertence ao gênero de animes conhecido

³ BERNDT, Jacqueline. Anime in Academia: Representative Object, Media Form, and Japanese Studies. *Arts*, 2018, vl. 7, ed 4, pg. 2.

como *isekai* (traduzido como “outro mundo”), um sub gênero de fantasia em que um personagem é inesperadamente teletransportado de seu mundo para um outro com o qual não tem familiaridade, normalmente através de uma reencarnação após o óbito. Os *isekai*s se tornaram um dos enredos dominantes no mercado de animações japonesas, e em pesquisa da Amazon.com no ano de 2020, das 100 obras mais populares, 37 eram do gênero *isekai*.⁴ Embora seja uma obra extensa que se preocupa com elementos de fantasia, os primeiros episódios são os mais interessantes para problematização das relações de trabalho.

O Anime se inicia acompanhando o dia a dia de Ichiro Suzuki, um programador de 29 anos que trabalha para uma empresa em Tokyo, onde cria jogos para computadores e consoles. No início o protagonista narra que está trabalhando em um domingo, algo que segundo ele e seus colegas é corriqueiro e normal, junto de reclamações quanto a baixa valorização dos funcionários por parte da empresa, tendo em vista a alta rotatividade interna devido ao trabalho ser volátil.

Apesar do trabalho, Suzuki é inteligente e diligente em seu ofício, sugerindo boas ideias para seu chefe que, apesar de lhe dar uma grande carga de tarefas na jornada laboral, não sabe seu nome ou tem conhecimento real do que é necessário para o trabalho de um desenvolvedor de jogos, ficando mais preocupado com os clientes e novas oportunidades que aparecem.

Os trabalhadores da empresa aparecem trabalhando até muito tarde, com jornadas de trabalho de 30 horas, alguns até aproveitando para dormir dentro da própria empresa ao invés de retornar para casa e descansar. Além disso, Suzuki deixa claro que não tem tempo de encontrar namoradas ou constituir família apesar de já estar envelhecendo, pois não encontra tempo para essas coisas fora o dia a dia da empresa.

Após mais um final de semana em um ritmo frenético que visivelmente está fazendo mal para seu corpo, ele acaba indo dormir exausto e acorda no mundo de fantasia de um *role-playing game* (jogos onde jogadores assumem papéis de personagens em mundos fictícios), que estava trabalhando constantemente nos últimos dias. Não é necessariamente explícito o que leva Suzuki a ser levado a esse mundo, mas se indica que possivelmente ele acabou por falecer no trabalho, o que culminou em sua reencarnação em outro mundo. A partir deste momento o protagonista passa a viver em um local que acha muito mais interessante do que o seu mundo natal, com sua vida de assalariado. Nessa nova realidade o personagem se torna uma pessoa poderosa e importante, se aventurando explorando os segredos do mundo novo e conquistando confiança e afeição de muitas pessoas, evidenciando o contraste com sua antiga vida.

⁴ MARGOLIS, E. Step into another world with isekai, the fantasy subgenre ruling the manga market. *The Japan Times*. 01/08/2020. Disponível em <https://www.japantimes.co.jp/culture/2020/08/01/books/isekai-fantasy-manga/> Acesso em: 21 abr. 2024.

2. ENREDO DE *MISS SHACHIKU-SAN AND THE LITTLE BABY GHOST* (*SHACHIKU-SAN WA YŌJO YUUREI NI IYASARETA*)

O anime chamado de *Miss Shachiku-san and the Little Baby Ghost* foi ao ar entre abril e junho de 2022, dirigido por Kū Nabara, produzido pelo estúdio Project No. 9, e distribuído no ocidente pela Crunchyroll. Sendo pertencente ao gênero de comédia, com elementos sobrenaturais e temática principal sobre o ambiente de trabalho.

A história da série foca na jovem trabalhadora chamada Fushihara, assalariada de uma grande empresa em Tokyo. A protagonista passa a maior parte de seu tempo presa no computador do escritório, regularmente buscando trabalhar horas extras como uma escrava corporativa, mesmo quando todas as suas colegas vão para casa. Um fantasma de uma pequena garota nota a situação pouco saudável de Fushihara e passa a tentar assustar a trabalhadora para que saia do escritório e se livre do stress.

Porém, a preocupação do fantasma e sua aparência convidativa fazem com que Fushihara se motive a trabalhar ainda mais, pegando mais horas de trabalho e continuando uma vida levada à exaustão. Ao longo da trama a fantasma acaba por trazer mais felicidade e a sensação de uma vida plena/satisfatória, além de gerar várias situações cômicas a partir das interações.

Apesar da protagonista trabalhar muito pela empresa, e reclamar que sempre tem mais para fazer, que está cansada e que irá morrer, ela parece tomar isso como nada mais que sua obrigação ao longo dos episódios. Mesmo quando faz um bom trabalho que se orgulha, sente que pode aproveitar o tempo que lhe restou para adiantar tarefas futuras, ou apenas realizar hora extra, algo que imagina que a corporação espera dela.

3. HISTORICIDADE DO *KAROSHI*

A representação que ocorre em animes tem um propósito de escape dos dilemas enfrentados pela sociedade japonesa, sendo um tanto paradoxal. Enquanto oferece uma visão em terceira pessoa de perigos existenciais ou versões liberais alternativas da sociedade contemporânea sempre em metamorfose, também acaba criando categorias que reforçam a normatização de valores japoneses como a promoção de papéis do “bom estudante” sem delinquência, ou “boa esposa e mãe sábia”. Nessa dicotomia de leituras nas obras é onde encontramos a figura do assalariado japonês, representado como um homem de meia idade, dedicado a sustentar sua família enquanto mantém um trabalho de escritório que não está muito contente em fazer, deixando seu lazer e vida familiar de lado para atender os ritos de uma cultura empresarial rígida, que se desobedecida pode custar seu emprego.⁵

⁵ GERMER; ANDREA; MARTINS; ZHANG. A “Japanese” Cinema of Reassurance: Queering, Passing-And Reifying Normativity in Hosoda Mamoru’s *Wolf Children*. *EJCS*, 2017. Disponível em <http://www.japanesestudies.org.uk/ejcs/vol17/iss2/germer.html>. Acesso em: 21 abr. 2024.

É neste ambiente que surge o *Karoshi*, conhecido como morte por exaustão de trabalho. Este consiste em uma realidade nos mercados de trabalho asiáticos, onde a pressão por produtividade alta e competição leva aos empregados a forçarem suas capacidades físicas e mentais ao limite.

O primeiro caso registrado foi em 1969 quando um trabalhador de uma companhia de jornalismo sofreu um derrame aos seus 29 anos. Em 1978, o incidente de derrame ou ataque cardíaco causado por stress derivado de excesso de trabalho foi denominado *karoshi*, e nos anos de 1980 passou a ser conhecido pelo mundo todo graças a livros como “*Karoshi*” de Taijiri Seiichiro, que tiveram divulgação ao abordar o assunto. A situação se agravou após o fim do milagre econômico japonês com a “Década Perdida”, que instaurou o país em uma crise econômica iniciada em 1991 e parcialmente controlada nos anos 2000, levando jovens trabalhadores a enfrentarem jornadas de trabalho cada vez mais longas e extenuantes.⁶ Desde então houve uma redução significativa da média de horas trabalhadas, mas o problema persiste e os casos de *karoshi* e *karojisatsu* (suicídio devido ao trabalho), vêm subindo.

O *karoshi* é definido como morte súbita em decorrência de trabalho, normalmente uma consequência de jornadas excessivas, stress ou depressão, sendo um dos maiores problemas enfrentados mundialmente pela saúde pública ocupacional, e bem frequente em países asiáticos. O termo é composto por duas palavras, 過勞 (*karō*) que significa “excesso de trabalho”, e 死 (*shi*) que significa “morte”. Para alguns autores, o termo pode ter um sentido mais geral, se referindo também a casos de invalidez permanente advinda de doenças cerebrovasculares ou coronárias causadas por excesso de trabalho, mas não generalizando para os demais casos de acidentes de trabalho derivados de fadiga do trabalhador. Segundo o ministério da Saúde, Trabalho e Bem-estar do Japão, mortes súbitas de qualquer um que trabalha perto de 65 horas semanalmente por mais de 4 semanas, ou a média de 60 horas semanais por mais de 8 semanas, se encaixam na definição de *karoshi*.⁷

4. CAUSAS PARA OCORRÊNCIA DO KAROSHI

Os principais fatores que levam ao *karoshi* podem ser muito bem observados nos animes selecionados. Podemos nomear 3 principais: longas horas de trabalho; falta de férias anuais pagas; e assédio moral.

⁶ BARRY, N. The Lost Decade: Lessons From Japan's Real Estate Crisis. *Investopedia*. 2022. Disponível em <https://www.investopedia.com/articles/economics/08/japan-1990s-credit-crunch-liquidity-trap.asp>. Acesso em: 21 abr. 2024.

⁷ NABESHIMA, Y. “*Karoshi*”: Comparative overview of Brazilian and Japanese Law related to *Karoshi*. 2019. Tese (Doutorado) – Direito, Universidade de Shinshu, 2019, p. 3.

Primeiro quanto às horas de trabalho, é comprovado através de estudos que longas jornadas contribuem para stress no trabalho e stress psicológico. Trabalhar 10 ou mais horas por dia, 40 ou mais horas extras por mês e 60 ou mais horas por semana tendem a criar sentimentos de stress, exaustão física, ansiedade, preocupação, assim como riscos de ferimentos e doenças. Isso provoca outros comportamentos que geram perigos para a saúde, como consumo de álcool, cigarros e falta de atividade física, além de representar uma diminuição no tempo e qualidade do sono, ligado a agravamento de pressão alta e problemas cardiovasculares. O resultado é um pior desempenho nas horas regulares de trabalho, que acabam compensadas em horas extras, criando um ciclo vicioso.⁸

Além disso, uma razão muito ligada ao Japão é o costume de não se ter férias remuneradas. O Japão não ratificou a Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho⁹ relativa às férias remuneradas, que prevê a garantia de três semanas de férias após um ano de trabalho, assim como o gozo de ao menos duas semanas de férias sem interrupção. Na lei japonesa é previsto 10 dias de férias a cada seis meses trabalhados, desde que o funcionário tenha 80% de presença (sem licenças médicas ou outras ausências)¹⁰.

Assim como no Brasil, o trabalhador pode informar o período que gostaria de gozar das férias, mas fica ao encargo do empregador determinar o melhor período para tal, considerando as circunstâncias da empresa. Também, os dias adquiridos de férias só podem ser transferidos ou acumulados por um ano subsequente. Caso o trabalhador não use seus dias de férias após o ano posterior, ela expira, e o empregador não precisa compensá-lo pelos dias perdidos. Na prática, são raras as vezes que as férias são tiradas ininterruptamente, com o hábito de trabalhadores usarem frações das férias para assuntos pessoais, como pedir algumas das suas horas de férias para ir ao médico ou a uma apresentação escolar dos filhos. Condizendo ainda com o praticado no Brasil, é comum buscarem tirar as férias próximo aos feriados para aumentar os dias de descanso.¹¹

O problema das férias no Japão está primeiramente ligado ao trabalhador que requer o período geral que gostaria de se afastar, e ao fato de ficar ao encargo do chefe autorizar. Isso poderia ser resolvido com um planejamento anual das férias em conjunção dos trabalhadores e empregadores logo no início de cada ano. Outra medida que poderia

⁸ WONG, K. CHAN, A.H.S. NGAN, S.C. The Effect of long working hours and overtime on occupational health: a meta-analysis of evidence from 1998 to 2018. *International journal of environmental research and public health*. VI. 16(12): 2102. 2019. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6617405/>. Acesso em: 21 abr. 2024.

⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 132*. Genebra, 1970.

¹⁰ JAPÃO. *Lei nº 49 de 7 de abril de 1947, artigo 39, (1)*. Lei de Normas Trabalhistas. Disponível em: https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3567#je_ch4at17. Acesso em: 21 abr. 2024.

¹¹ NABESHIMA, Y. “Karoshi”: *Comparative overview of Brazilian and Japanese Law related to Karoshi*. 2019. Tese (Doutorado) – Direito, Universidade de Shinshu, 2019, p. 10.

auxiliar na prevenção do *karoshi*, seria a implementação da convenção nº 132 da OIT, que viria a garantir mais dias de férias remuneradas por ano, fazendo com que elas cumpram seu propósito de desestressar. Por fim, seria interessante também que as companhias estimulassem os empregados a tirarem férias ininterruptamente, além de deixarem de lado a mentalidade de esperar que os funcionários as utilizem para momentos em que ficam doentes ou precisam resolver questões pessoais. Isso só pode decorrer de ações afirmativas e políticas conscientizadoras por parte do governo para combater esses vícios da cultura empresarial.

A última fonte do *karoshi*, o assédio moral, é compreendido como a exposição dos trabalhadores a condições humilhantes e constrangedoras de forma repetitiva e prolongada ao longo do exercício de suas funções. É uma conduta negativa tomada por chefias, subordinados e colegas que desestabilizam a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a companhia, com o objetivo de forçar que ela abandone seu trabalho, causando danos práticos e emocionais para todos envolvidos, especialmente os que testemunham estes atos, mesmo não sendo praticantes ou alvo dos mesmos. Normalmente o assédio moral é praticado de forma descendente na hierarquia, onde o chefe assedia o empregado a ele subordinado, atacando a vítima psicologicamente, destruindo sua autoestima e saúde mental.

Existem várias razões para estas condutas, como quando o superior teme perder poder em face de outros colegas, quando quer impor respeito, aumentar produtividade do time, forçar o pedido de demissão de alguém, dentre outros. Para tal o empregado pode ter sua presença ignorada, ser requerido por mais horas no trabalho, ter sua produção desqualificada, receber sugestões de demissão, ser referido por termos pejorativos pela chefia, ser designado para tarefas inúteis ou impossíveis que vão além de sua capacidade técnica (desvio de função sem treinamento para tal), ser ironizado, difamado e desprezado pelo seu superior, dentre muitos outros.¹²

Para aumentar a prevenção do assédio moral e desenvolver um ambiente mais saudável de trabalho, é importante que as empresas não se restrinjam apenas a fazer a gerência e controle de horas trabalhadas de seus funcionários, mas também tratem de harmonizar relações humanas, vendo os trabalhadores como seres humanos, e não simplesmente como meio para obter lucro.

¹² CLAYBOURN, M. Relationships between moral disengagement, work characteristics and workplace harassment. *Journal of business ethics*, vol. 100.2, 2011, p. 283-301.

5. LEGISLAÇÃO JAPONESA RELATIVA AO KAROSHI¹³

Dentre uma gama de leis trabalhistas presentes no sistema legislativo japonês, para os fins deste trabalho, foram selecionadas algumas, que se mostram pertinentes para entender o passo em que o Japão está na prevenção dos casos de *karoshi*, atualmente.

A Lei que Promove Medidas para Prevenir Mortes e Lesões por Excesso de Trabalho (過労死等防止対策推進法), Lei nº 100 de 27 de junho de 2014¹⁴, do Japão, descreve o motivo de sua criação no seu artigo 1º:

À luz do fato de que, nos últimos anos, morte e lesão por excesso de trabalho, «karoshi, etc.» tornou-se mais frequente e tornou-se uma preocupação social significativa no Japão, e dado que representam perdas significativas - não apenas para as vítimas e suas famílias - mas também para a sociedade, esta lei visa promover medidas para evitar que as pessoas morram e se machuquem por excesso de trabalho, fornecendo pesquisas, estudos e gerenciamento de informações sobre morte e lesões por excesso de trabalho, ajudando assim a criar uma sociedade sem morte e lesões por excesso de trabalho, na qual as pessoas possam continuar trabalhando, enquanto mantêm um bom equilíbrio entre vida profissional e pessoal, permanecendo saudáveis e realizadas.

Já o artigo 2º da mesma lei, define *Karoshi* (過労死)¹⁵, como sendo:

(...) Morte e lesão por excesso de trabalho, significando morte devido a doença cerebrovascular ou doença cardíaca que é causada por uma sobrecarga de trabalho; morte por suicídio por transtorno mental que é ocasionado por uma intensa carga psicológica no trabalho; ou doença cerebrovascular, doença cardíaca ou um transtorno mental causado por tal trabalho.

Ademais, a lei, em seu artigo 3º¹⁶, ainda reconhece como princípios básicos, a noção de que as medidas para prevenir o *karoshi* devem ser tomadas por meio da realização de pesquisas e estudos, que possibilitem uma compreensão clara da situação real. Além de estabelecer que as medidas para prevenir esse fenômeno devem ser tomadas em estreita

¹³ As leis mencionadas ao longo deste tópico foram traduzidas livremente para o português, tanto do japonês como com auxílio da tradução oficial das leis do japonês para inglês providenciada pelo governo japonês.

¹⁴ JAPÃO. Lei nº 100 de 27 de junho de 2014. Art. 1. Lei de promoção de medidas para prevenir mortes e lesões por excesso de trabalho. Disponível em: <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/3258>. Acesso em: 21 abr. 2024.

¹⁵ JAPÃO. Lei nº 100 de 27 de junho de 2014. Art. 2.

¹⁶ JAPÃO. Lei nº 100 de 27 de junho de 2014. Art. 3.

cooperação mútua entre o governo nacional, governos locais e partes relacionadas. Bem como incentiva a conscientização pública sobre a importância de prevenir o *karoshi*.

Adiante, seguindo os princípios supracitados, a lei, nos artigos seguintes, fala sobre a responsabilidade do Estado, principalmente na promoção de medidas de prevenção, como a implementação de projetos compatíveis com o propósito do mês de novembro, o mês da prevenção ao *karoshi*. Estipulando ainda, a obrigatoriedade de um relatório anual por parte do governo, com um resumo das mortes e lesões por excesso de trabalho no Japão, descrevendo ainda quais foram as medidas adotadas para evitar esses casos.

Outrossim, a Lei ainda prevê a criação do “Conselho para a Promoção de Medidas para Prevenir Mortes e Lesões por Excesso de Trabalho”, por parte do Ministério da Saúde, Trabalho e Bem-Estar. Conselho esse, que deve ter seus membros nomeados pelo próprio Ministério, tendo ainda que escolher entre pessoas que sofreram diretamente com o excesso de trabalho, ou que representam famílias enlutadas de pessoas que morreram por doenças ou por suicídio causado pelo transtorno em questão.

Por fim, vale citar que o artigo 14¹⁷ da lei em questão prevê que:

Quando julgar necessário, o governo deve tomar medidas, tais como medidas legislativas ou fiscais, necessárias para prevenir morte e lesões por excesso de trabalho, com base nos resultados de pesquisas, estudos e gerenciamento de informações sobre *karoshi*.

Resta então, exemplificar medidas tomadas pela reforma da Lei de Normas Trabalhistas (労働基準法), Lei nº 49 de 7 de abril de 1947¹⁸ do Japão, para limitar as horas de trabalho que podem sobrecarregar o trabalhador, aumentando as chances de incidência do *karoshi*.

No artigo 32, da lei de 1947¹⁹, temos que “O empregador não pode submeter o trabalhador a trabalho superior a 40 horas semanais, excluídos os períodos de descanso.” Contudo, a eficácia dessa norma é limitada pela prática recorrente e prolongada de horas extras. Além disso, o mesmo artigo prevê em seu item (2) o valor máximo diário de carga horária de 8 horas, “(2) O empregador não pode ter um trabalhador trabalhando mais de 8 horas por dia para cada dia da semana, exceto nos períodos de descanso.”²⁰.

No que tange às horas extras, a Lei de Normas Trabalhistas japonesa teve um avanço, no sentido de dispor uma condicionante limitadora, ou seja, o limite de horas extra

¹⁷ JAPÃO. Lei nº 100 de 27 de junho de 2014. Art. 14.

¹⁸ JAPÃO. Lei nº 49 de 7 de abril de 1947. Lei de Normas Trabalhistas. Disponível em: https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3567#je_ch4at17. Acesso em: 21 abr. 2024.

¹⁹ JAPÃO. Lei nº 49 de 7 de abril de 1947. Art. 32.

²⁰ JAPÃO. Lei nº 49 de 7 de abril de 1947. Art. 32, (2).

trabalhadas não podem extrapolar o previsto em lei, havendo a necessidade então, de se fazer uma negociação entre o empregador e o sindicato representativo do trabalhador. E então esse acordo deve ser formalizado por escrito e entregue ao posto do Ministério do Trabalho da jurisdição da empresa, tendo em vista o artigo 36, em seu item (1)²¹:

Sem prejuízo do disposto nos artigos 32º a 32º a 5º e no artigo 40º (doravante neste artigo referido como “horas de trabalho”) e as disposições sobre dias de folga no artigo anterior (doravante neste artigo referidos como “dias de folga”),se um empregador celebrou um acordo escrito com o sindicato que foi organizado pela maioria dos trabalhadores nesse local de trabalho, se houver, ou com uma pessoa que represente a maioria dos trabalhadores nesse local de trabalho, se não houver tal União. E tiver protocolado notificação deste acordo junto ao órgão governamental competente, nos termos da Portaria do Ministério da Saúde, Trabalho e Previdência, o empregador poderá prorrogar a jornada de trabalho ou fazer com que o trabalhador trabalhe em dia de folga, de acordo com as disposições desse acordo.

Os incisos seguintes do mesmo artigo fazem a previsão legal do limite de horas extras que seria adequado para a lei japonesa, como o exemplificado pela tabela preparada pelo consulado Hamamatsu, disponibilizada no site do Ministério das Relações Exteriores do Brasil:

TABELA 1 - LIMITES DE HORAS EXTRAS (HORAS), SEGUNDO A LEI JAPONESA

Tempo	Limite de horas extras (horas)	
	Geral	No caso de horários de trabalho não fixo
1 Semana	15	14
2 semanas	27	25
4 semanas	43	40
1 mês	45	42
2 meses	81	75
3 meses	120	110
1 ano	360	320

Fonte: Ministério das Relações Exteriores do Brasil (2022).²²

²¹ JAPÃO. *Lei nº 49 de 7 de abril de 1947*. Art. 36, (1).

²² Legislação Trabalhista Japonesa - Limite das Horas Extras, disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/consulado-hamamatsu/legislacao-trabalhista-japonesa#horas-extras>. Acesso em: 21 abr. 2024.

Sendo assim, vale citar o escritório SAEKI advogados, que ao falar sobre a reforma japonesa, ainda explica:

(...) as horas extras serão limitadas a 45 horas semanais e 360 horas anuais, porém excepcionalmente será permitido que a jornada mensal possa ser estendida até 100 horas e a jornada anual até 720 horas – o que tem sido objeto de crítica pela oposição, uma vez que tal limite seria muito superior ao limite de 80 horas previsto pelo Ministério do Trabalho como parâmetro para configuração de trabalho excessivo.²³

Congruentemente, vale citar que, apesar da reforma ter ocorrido, ela ainda se mantém abaixo do sugerido pelo próprio Ministério da Saúde, Trabalho e Bem-Estar do Japão. Espera-se então, que, cada vez mais a mobilização contra o *karoshi*, tenha força e investimentos, para enfrentar esse lamentável fenômeno contemporâneo.

6. O FENÔMENO DO CRUNCH COMO EXCESSO DE TRABALHO

Aproveitando a temática do anime *Death March*, também é interessante realizar uma ponderação sobre a indústria de jogos, na qual o protagonista era um trabalhador antes de reencarnar em um mundo fantástico. No caso da série, pode-se constatar que o que foi representado é a prática chamada de *crunch*, algo que infelizmente é comum na indústria dos jogos eletrônicos.

O *crunch*, que significa “esmagar”, consiste em horas extras compulsórias durante o ciclo de desenvolvimento de um jogo, que pode levar a jornadas de trabalho de 65-80 horas semanais por períodos estendidos, na maior parte das vezes sem compensação financeira. Ela é utilizada como forma de realizar os preparativos finais, remover alguns *bugs* e *glitches*²⁴ nos últimos meses antes do lançamento para garantir que a data não seja adiada e que o jogo esteja com um mínimo de qualidade esperada pelos interessados em comprá-los. Porém é um regime de trabalho extremamente pesado que leva a impactos negativos para saúde dos desenvolvedores e uma diminuição na qualidade da sua produção, sendo um dos maiores responsáveis por levar trabalhadores a pedirem pela demissão, desistindo da carreira na indústria permanentemente.²⁵

²³ SAEKI, advogados. *Reforma trabalhista é aprovada no Japão*. Disponível em: <https://www.saeki.com.br/novidades/160/2018-07-04/reforma-trabalhista-e-aprovada-no-japao>. Acesso em: 21 abr. 2024.

²⁴ Bugs e Glitches são erros de programação no jogo que produzem algum defeito como personagens desaparecerem, objetos voarem, os arquivos que salvam o progresso no jogo serem corrompidos, defeitos de iluminação, etc.

²⁵ FRAUENHEIM, Ed. No fun for game developers? *CNET*. 11 de novembro de 2004. Disponível em: <https://www.cnet.com/culture/no-fun-for-game-developers/>. Acesso em: 21 abr. 2024.

A maior crítica a essa prática é que ela tem se tornado, cada vez mais, algo normalizado na indústria de videogames, com efeitos prejudiciais para todos os envolvidos. Os estúdios onde estão os desenvolvedores normalmente devem seguir os designios da editora, chamada de *publisher* do jogo. Ao invés de informar que será necessário mais tempo ou dinheiro para contratação de funcionários, remover alguns recursos que estarão no jogo, ou simplesmente dizer que não terá possibilidade de entregar o projeto na data prevista, a maioria dos diretores preferem não correr o risco de ter seu projeto cancelado, acionando o *crunch*, onde se sacrifica a ética laboral e o tempo livre dos desenvolvedores, para evitar que percam financiamento ao projeto e a consequente demissão da equipe.

É difícil prever quando o *crunch* irá acontecer, pois sua maior incidência é no final de um ciclo de desenvolvimento de jogos. Na realidade, muitos times de desenvolvimento encontram-se trabalhando com horas extras não pagas em vários períodos ao longo do ano por razões variadas. Às vezes por escolha, outras porque não existe outra opção. Segundo desenvolvedores que deram entrevistas abertas, o *crunch* ocorre sempre que algum marco e data limite planejada pela gerência está atrasada. Também acontece quando os desenvolvedores querem realizar testes de novas funcionalidades para adicionar ao jogo que não estavam planejadas, ou quando é necessário preparar algum vídeo ou publicidade para o público.²⁶

A realidade sofrida pelo protagonista do anime já trabalhado neste artigo é um dos fatores sofridos por equipes em *crunch*. Isso atinge não só empresas japonesas, mas também estúdios que trabalham para *publishers* ocidentais, como a Bethesda, Eletronic Arts, Ubisoft e até mesmo a CD Project Red, desenvolvedora do aclamado *The Witcher 3*, sucesso em 2015, mas que em 2020 teve sua equipe de desenvolvimento passando por vários períodos de *crunch* para o lançamento de *Cyberpunk 2077*, e mesmo assim o jogo lançou com muitos erros e defeitos.

Sendo um fenômeno relativamente recente, não existe uma legislação específica ou até mesmo trabalhos acadêmicos sobre *crunch*, mas é um problema persistente que deve ser enfrentado nos próximos anos. Alguns apontam que os esboços de uma solução viriam de uma gerência das equipes mais razoável e capaz de organizar os projetos em prazos realistas, que aja com mais transparência e que consiga organizar melhor sua força de trabalho. Porém, só é certo que o *crunch* está enraizado na cultura dos videogames, e assim permanecerá até que contas do X (ou twitter) dos desenvolvedores “[...] comecem a se gabar de quantos jantares seus trabalhadores puderam comer em casa com suas famílias”.²⁷

²⁶ DYER-WITHERFORD, N.; PEUTER, G. “EA Spouse” and the crisis of video game labour: Enjoyment, exclusion, exploitation, exodus. *Canadian Journal of Communication*, vol 31, nº3, 2006, p. 599-617.

²⁷ SCHREIER, J. The Horrible World of Video Game Crunch. *Kotaku*. 26 de novembro de 2016. Disponível em <https://kotaku.com/crunch-time-why-game-developers-work-such-insane-hours-1704744577>. Acesso em: 21 abr. 2024.

CONCLUSÃO

Os animes, como qualquer forma de arte, são uma forma de realizar uma releitura da realidade, através do esforço do diretor, desenhistas, dubladores, programadores, e toda uma grande equipe. Através desta perspectiva, é possível realizar perguntas e buscar comentários relativos a práticas culturais da sociedade contemporânea. Seja através da comédia, como em *Miss Shachiku-san*, ou em histórias de fantasia que parte de uma premissa de vida insatisfatória no mundo real, como em *Death March*, o excesso de trabalho é um problema real, e embora o foco do presente trabalho recaia no contexto japonês, é uma prática que afeta o mundo todo.

Além do quesito lei, foram trabalhadas obras de arte japonesas que refletem os casos frequentes de morte por excesso de trabalho, demonstrando, assim, a concepção aristotélica de que “a arte imita a vida”, e infelizmente, em alguns casos, imita a morte.

E assim sendo, talvez possamos falar da arte como um mecanismo não só de entretenimento, mas também de conscientização, que está de acordo com as recentes políticas adotadas pelas leis japonesas, buscando ilustrar esse fenômeno que assola a sociedade em que os autores estão inseridos através das narrativas.

Acordante com o discutido e exemplificado durante a pesquisa, mostra-se a importância de se pesquisar sobre o assunto *karoshi*, não somente para entender a conjuntura japonesa, mas também para fins de compreensão do fenômeno em sua integridade, e contextualizado, possibilitando uma tomada de decisões mais consistente por parte dos brasileiros que não precisam ver de perto situações fáticas como essas se repetindo frequentemente para tomar medidas preventivas.

Dessa forma, podemos notar que as relações de trabalho podem ser observadas como reflexos na arte, e estão em constante desenvolvimento e modificação. A reflexão crítica proposta pelos animes para compreensão de um contexto atual podem ajudar como uma medida para observar os fenômenos que estamos normalizando para nossa sociedade e que devem ser discutidos e problematizados. Embora façam parte da cultura de um país muito diferente do Brasil, essas experiências servem como advertência e sugestão para o combate ao excesso de trabalho em nosso país.

REFERÊNCIAS

BARRY, N. The Lost Decade: Lessons From Japan's Real Estate Crisis. *Investopedia*, 2022. Disponível em: <https://www.investopedia.com/articles/economics/08/japan-1990s-credit-crunch-liquidity-trap.asp>. Acesso em: 21 abr. 2024.

BERNDT, Jacqueline. Anime in Academia: Representative Object, Media Form, and Japanese Studies. *Arts*, v. 7, ed. 4, 2018.

CLAYBOURN, M. Relationships between moral disengagement, work characteristics and workplace harassment. *Journal of Business Ethics*, v. 100, n. 2, 2011.

DYER-WITHERFORD, N.; PEUTER, G. “EA Spouse” and the Crisis of Video Game Labour: Enjoyment, Exclusion, Exploitation, Exodus. *Canadian Journal of Communication*, v. 31, n. 3, 2006.

FRAUENHEIM, Ed. No fun for game developers? *CNET*, 11 nov. 2004. Disponível em: <https://www.cnet.com/culture/no-fun-for-game-developers/>. Acesso em: 21 abr. 2024.

GERMER, Andrea; MARTINS; ZHANG. A “Japanese” Cinema of Reassurance: Queering, Passing – And Reifying Normativity in Hosoda Mamoru’s *Wolf Children*. *EJCJS*, 2017. Disponível em: <http://www.japanesestudies.org.uk/ejcs/vol17/iss2/germer.html>. Acesso em: 21 abr. 2024.

HAMAMATSU, Consulado. *Legislação Trabalhista Japonesa*. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/consulado-hamamatsu/legislacao-trabalhista-japonesa#horas-extras>. Acesso em: 21 abr. 2024.

JAPÃO. *Lei nº 100, de 27 de junho de 2014*. Lei de promoção de medidas para prevenir mortes e lesões por excesso de trabalho. Disponível em: <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/3258>. Acesso em: 21 abr. 2024.

JAPÃO. *Lei nº 49, de 7 de abril de 1947*. Lei de Normas Trabalhistas. Disponível em: https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3567#je_ch4at17. Acesso em: 21 abr. 2024.

MARGOLIS, E. Step into another world with isekai, the fantasy subgenre ruling the manga market. *The Japan Times*, 01 ago. 2020. Disponível em: <https://www.japantimes.co.jp/culture/2020/08/01/books/isekai-fantasy-manga/>. Acesso em: 21 abr. 2024.

NABESHIMA, Y. “*Karoshi*”: *Comparative Overview of Brazilian and Japanese Law Related to Karoshi*. Tese (Doutorado) – Universidade de Shinshu, 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 132*. Genebra, 1970.

SAEKI, Advogados. *Reforma trabalhista é aprovada no Japão*. Disponível em: <https://www.saeki.com.br/novidades/160/2018-07-04/reforma-trabalhista-e-aprovada-no-japao>. Acesso em: 21 abr. 2024.

SCHREIER, J. The Horrible World of Video Game Crunch. *Kotaku*, 26 nov. 2016. Disponível em: <https://kotaku.com/crunch-time-why-game-developers-work-such-insane-hours-1704744577>. Acesso em: 21 abr. 2024.

WONG, K.; CHAN, A.H.S.; NGAN, S.C. The Effect of Long Working Hours and Overtime on Occupational Health: A Meta-Analysis of Evidence from 1998 to 2018. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, v. 16, n. 12, p. 2102, 2019. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6617405/>. Acesso em: 21 abr. 2024.

A Revista Jurídica Themis, em sua 35ª edição, reafirma o compromisso do Centro Acadêmico Hugo Simas com a pesquisa como um dos pilares fundamentais da universidade pública, ao lado do ensino e da extensão.

Em um cenário jurídico e social cada vez mais complexo, a produção de conhecimento crítico e comprometido torna-se indispensável para a formação de profissionais capazes de transformar a realidade. Esta edição da Themis exemplifica essa vocação ao reunir artigos que abordam temas centrais do direito contemporâneo com rigor analítico, sensibilidade social e olhar interdisciplinar.

Ao proporcionar um espaço de visibilidade para novas pesquisas e incentivar a formação jurídica crítica, a Revista Themis fortalece a centralidade da pesquisa na vida universitária e reafirma seu papel como instrumento de transformação social. Este volume reflete a diversidade de temas e abordagens presentes na academia,

evidenciando o potencial da pesquisa jurídica para contribuir com um Direito mais justo, plural e conectado com as demandas da sociedade contemporânea.

Convidamos à leitura atenta desta obra, que instiga ao pensamento crítico e à reflexão sobre os caminhos possíveis para um Direito comprometido com a transformação da realidade.

**Conselho Editorial da
Revista Jurídica Themis
Edição nº 35**



REVISTA JURÍDICA
THEMIS

35

"A Revista Themis, gerida pelo Centro Acadêmico Hugo Simas, é uma porta de entrada fundamental para a difusão da pesquisa acadêmica e um espaço de fortalecimento da formação jurídica crítica. A iniciativa do Centro Acadêmico, ao promover e manter este periódico, reflete a vocação histórica de nossa Faculdade para a produção acadêmica engajada e plural. A revista não apenas proporciona um espaço de visibilidade para novas pesquisas, mas também incentiva os estudantes a ingressarem no mundo acadêmico com rigor, criatividade e responsabilidade.

Que esta edição inspire novas pesquisas, provoque reflexões e contribua para o avanço do conhecimento jurídico comprometido. Que cada leitor e leitora encontre nestas Revista Themis 35 não apenas um conjunto de artigos, mas sim uma expressão do compromisso da Faculdade de Direito da UFPR com a formação de juristas atuantes na construção de uma sociedade mais justa e democrática".

Melina Girardi Fachin

Diretora da Faculdade de Direito da UFPR.

