

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

ISSN 2316-4212

REVISTA
Judiciária
DO PARANÁ

Diretor
Joatan Marcos de Carvalho

Editor
Luiz Fernando de Queiroz

23

www.revistajudiciaria.com.br

Revista Judiciária do Paraná – Ano XVII – n. 23 – Maio 2022

Versão digital: www.revistajudiciaria.com.br

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

EDITOR RESPONSÁVEL

Luiz Fernando de Queiroz

COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO

Geison de Oliveira Rodrigues

Pollyana Elizabethe Pissaia

REVISÃO

Dulce de Queiroz Piacentini

Noeli do Carmo Faria

PRODUÇÃO GRÁFICA

Jéssica Regina Petersen

DIAGRAMAÇÃO

Josiane C. L. Martins

ESTAGIÁRIA

Thays Alves

CAPA

Priory

Edição, Publicação e Distribuição

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

sac@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Revista Judiciária do Paraná / Associação dos Magistrados do
Paraná.— v. 1, n. 1— , (jan. 2006)— .— Curitiba :
AMAPAR, 2006.

Semestral

ISSN 2316-4212

1. Poder Judiciário – Paraná. 2. Juízes – Paraná.

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

1ª tiragem: 1.500 exemplares

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE Geraldo Dutra de Andrade Neto

DIRETOR Joatan Marcos de Carvalho

MEMBROS Alberto Junior Veloso
Clayton de Albuquerque Maranhão
Rogério de Vidal Cunha
Rosana Andriguetto de Carvalho

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO EDITORIAL

Albino de Brito Freire
Anita Zippin
Cláudia Lima Marques
Clèmerson Merlin Clève
Edson Ferreira Freitas
Fernando Antônio Prazeres
Francisco de Oliveira Cardoso
Ives Gandra da Silva Martins
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jorge de Oliveira Vargas
José Laurindo de Souza Netto
José Sebastião Fagundes Cunha
Juarez Cirino dos Santos
Laurentino Gomes
Luiz Edson Fachin
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Manoel Caetano Ferreira Filho
Mário Frota
Miguel Kfoury Neto
René Ariel Dotti *"in memoriam"*
Ricardo Hasson Sayeg
Roberto Portugal Bacellar
Teresa Arruda Alvim

APOIO INSTITUCIONAL

Associação dos Condomínios Garantidos do Brasil – **ACGB**

Associação dos Magistrados do Paraná – **AMAPAR**

(www.amapar.com.br)

Associação dos Magistrados do Trabalho – **AMATRA**

(www.amatra9.org.br)

Associação Paranaense dos Juízes Federais – **APAJUFE**

(www.apajufe.com.br)

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**

(www.emap.com.br)

Escola de Magistratura Federal do Paraná – **ESMAFE**

(www.esmafe.com.br)

Escola dos Magistrado do Trabalho do Paraná – **EMATRA**

(www.ematra9.org.br)

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**

(www.ejal.org)

Rede Latino-Americana de Juízes – **REDLAJ**

(www.redlaj.net)

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – **TJPR**

(www.tjpr.jus.br)

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

DIRETORIA

PRESIDENTE

Jederson Suzin

1º VICE-PRESIDENTE

Clayton de Albuquerque Maranhão

2º VICE-PRESIDENTE

Franciele Narciza Martins de Paula Santos
Lima

3º VICE-PRESIDENTE

Mauro Henrique Veltrini Ticianelli

4º VICE-PRESIDENTE

Marcel Ferreira dos Santos

5º VICE-PRESIDENTE

João Maria de Jesus Campos Araújo

6º VICE-PRESIDENTE

Jaqueline Allievi

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

1º TESOUREIRO

César Ghizoni

DIRETORES EXECUTIVOS

Antônio Lopes de Noronha Filho

Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes

Eduardo Casagrande Sarrão

Eduardo Novacki

Fábio Ribeiro Brandão

Fernando Bueno da Graça

Frederico Mendes Júnior

Geraldo Dutra de Andrade Neto

Guilherme de Paula Rezende

Luciani de Lourdes Tesseroli Maronezi

Luiz Eduardo Asperti Nardi

Marcel Guimarães Rotoli de Macedo

Marco Vinicius Schiebel

Mariana Gluszcynski Fowler Gusso

Mario Luiz Ramidoff

Rafael Velloso Stankevecz

Roberto Antônio Massaro

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do

Amaral

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Alarico Francisco Rodrigues de Oliveira Junior

Beatriz Fruet de Moares

Jailton Juan Carlos Tontini

Luciano Souza Gomes

Rogério de Vidal Cunha

Vitor Toffoli

DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA – DIRETOR

José Orlando Cerqueira Bremer

SEGURANÇA – VICE-DIRETOR

Leonardo Bechara Stancioli

SEGURANÇA – MEMBROS

Celso Jair Mainardi

Fernando Bardelli Silva Fischer

APOSENTADOS – DIRETOR

Antonio Lopes de Noronha

APOSENTADOS – VICE-DIRETOR

Antonio Ivair Reinaldin

APOSENTADOS – MEMBRO

Edison Luiz Trevisan

ASSUNTOS LEGISLATIVOS – DIRETOR

Marcelo Pimentel Bertasso

ASSUNTOS LEGISLATIVOS – MEMBROS

Fernando Andreoni Vasconcellos

Glauco Alessandro de Oliveira

Marcel Ferreira dos Santos

Paulo Fabrício Camargo

Pedro Roderjan Rezende

Rafael Altoé

Rafhael Wasserman

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS
Marcos Antonio da Cunha Araújo

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETOR
Rogério Ribas

COMUNICAÇÃO SOCIAL – VICE-DIRETOR
Ferdinando Scremin Neto

COMUNICAÇÃO SOCIAL – MEMBRO
Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO – DIRETOR
Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

CONVÊNIO – VICE-DIRETOR
Ricardo Augusto Reis de Macedo

CULTURAL – DIRETOR
Antônio Evangelista de Souza Netto

CULTURAL – VICE-DIRETOR
Malcon Jackson Cummings

CULTURAL – MEMBROS
Marcella de Lourdes de Oliveira Ribeiro
Rafaela Zarpelon

POLÍTICAS PARA MULHER – DIRETORA
Fernanda Karam de Chueiri Sanches

RECURSOS HUMANOS – DIRETORA
Luciana Benassi Gomes Carvalho

RECURSOS HUMANOS – VICE-DIRETORA
Adriana Benini

GESTÃO DE SERVIÇOS JUDICIÁRIOS – DIRETOR
Antônio Sérgio B. David Hernandez

COMENDA ALCESTE RIBAS DE MACEDO – PRESIDENTE
Marcel Ferreira dos Santos

COMENDA ALCESTE RIBAS DE MACEDO – MEMBROS
Eduardo Casagrande Sarrão
Marcos Antonio de Souza Lima

COMISSÃO MEDALHA ANTONIO FRANCO
FERREIRA DA COSTA – PRESIDENTE
Marcel Ferreira dos Santos

COMISSÃO MEDALHA ANTONIO FRANCO
FERREIRA DA COSTA – MEMBROS
Eduardo Casagrande Sarrão
Marcos Antonio de Souza Lima

COMISSÃO LOCAÇÃO
Francisco Carlos Jorge
João Maria de Jesus C. Araújo
Marcos Antonio da Cunha Araújo

DIVULGAÇÃO E REVISTA
Joatan Marcos de Carvalho

DIVULGAÇÃO E REVISTA – MEMBROS
Alberto Junior Veloso
Clayton de Albuquerque Maranhão
Rogerio de Vidal Cunha
Rosana Andriquetto de Carvalho

ESPORTE FEMININO – DIRETORA
Cristine Lopes

ESPORTE FEMININO – VICE-DIRETORA
Julia Maria Tesseroli de Paula Rezende

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL
Sigret Heloyna R. de Camargo Vianna

JURÍDICO
Antonio Mansano Neto

MEMÓRIA E ARQUIVO
Chloris Elaine Justen de Oliveira

MOTOCICLISMO
Edgard Fernando Barbosa

MÚTUA
Themis de Almeida Furquim Côrtes

PENSIONISTA
Marilia de Oliveira Viel

RELAÇÕES INTERNACIONAIS
Flavia da Costa Viana

SERSOCIAL – DIRETOR
Joel Pugsley

SERSOCIAL – MEMBROS
Andre Carias de Araujo
Gilberto Ferreira
José Luiz Dosciatti

SOCIAL – DIRETORA
Nilce Regina Lima

SOCIAL – VICE-DIRETORA
Vanessa Jamus Marchi

SOCIAL – MEMBROS
Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa
Luciane Pereira Ramos

FUTEBOL – DIRETOR
Bruno Henrique Golon

TÊNIS – DIRETOR
Daniel Tempski Ferreira da Costa

SEDES

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR
Ederson Alves

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR
Alexandre Waltrick Calderari

GUARATUBA – DIRETOR
João Maria de Jesus Campos Araujo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR
Marco Antonio da Cunha Araújo

LONDRINA – DIRETOR
Elias Duarte Rezende

MARINGÁ – DIRETOR
Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR
José Camacho Santos

PIRAQUARA – DIRETOR
Davi Pinto de Almeida

PIRAQUARA – VICE-DIRETOR
João Vicente de Oliveira

PONTA GROSSA – DIRETORA
Noeli Salete Tavares Reback

CONSELHO FISCAL

PRESIDENTE
Ricardo Ferreira Jentzsch

MEMBROS

Cíntia Graeff
Denise Terezinha Corrêa de Melo
Elisa Matiotti Polli
Fernanda Monteiro Sanches
Horacio Ribas Teixeira
Marcella de Lourdes de Oliveira Ribeiro
Patricia Roque Carbonieri
Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch
Tatiane Bueno Gomes

SUPLENTES

Eduardo Villa Coimbra Campos
Patricia Reinert Lang
Priscila Soares Crocetti
Sandra Lustosa Franco
William George Nichele Figueroa

COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

PRESIDENTE
Ariel Nicolai Cesa Dias

MEMBROS DA COMISSÃO

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny
Carlos Henrique Licheski Klein
Oswaldo Soares Neto
Rafaela Mari Turra

COMISSÃO ANÁLISE FINANCEIRA

MEMBROS

Diego Santos Teixeira, Glauco
Alessandro de Oliveira

EMAP

DIRETOR GERAL

Oswaldo Canela Junior

SUPERVISORA PEDAGÓGICA

Rafaela Mattioli Somma

COORD. GERAL DE CURSOS

Alberto Junior Veloso

COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Mario Augusto Quinteiro Celegatto

MEMBROS DA COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Antonio Evangelista de Souza Netto

Marcelo Quentin

CURITIBA – DIRETORA

Carolina Fontes Vieira

CURITIBA – VICE-DIRETOR

Maurício Pereira Doutor

CASCADEL – DIRETOR

William da Costa

CASCADEL – VICE-DIRETOR

Rosaldo Elias Pacagnan

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Rodrigo Luis Giacomin

LONDRINA – DIRETOR

Mauro Henrique Veltrini Ticianelli

LONDRINA – VICE-DIRETOR

Rodrigo Afonso Bressan

MARINGÁ – DIRETOR

Fabio Bergamin Capela

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

Claudio Camargo dos Santos

PONTA GROSSA – DIRETORA

Laryssa Angelica Copack Muniz

PONTA GROSSA – DIRETORA

Heloísa da Silva Krol Milak

JUDICEMED

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Diego Santos Teixeira

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ

www.amapar.com.br

Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

Fone: (41) 3017-1600 / (41) 3017-1623

ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA

www.revistajudiciaria.com.br

APRESENTAÇÃO

Vivemos novos tempos com renovados desafios e oportunidades inexpectáveis. Há barreiras a vencer e oportunidades a aproveitar. A tradição cinquentenária da revista jurídica do Paraná não deve torná-la vestuta, arcaica e sim experimentada e versátil.

Os acontecimentos recentes e os avanços meteóricos da tecnologia de informação põem em questão a produção e veiculação dos saberes jurídicos, não de sua indispensabilidade e qualidade. As inovações comunicacionais deram voz a uma miríade de novos produtores, elaboradores e veiculadores de conteúdos, muito ágeis e persistentes. Na verdade tal volume desordenado de informações, nem sempre baseados em requisitos de seriedade e competência, mais desinformam e confundem.

Ainda que com o compromisso e o inafastável dever de liberdade de veiculação de saberes, a RJP vai sempre primar pelo seu rigor técnico-científico e pela qualidade editorial que sempre a distinguiu. É sob esse pressuposto que aceitamos, mais uma vez, o convite para dirigir a *Revista Judiciária do Paraná* neste biênio.

Este é o propósito que sempre nos animou e que ora se reitera com a nova diretoria da Amapar, capitaneada pelo nosso ilustre colega juiz Jederson Suzin, a quem agradeço honrado o convite de continuar conduzindo esta prestigiosa publicação jurídica. Agradeço igualmente ao editor da Bonijuris, na pessoa do seu diretor-presidente, doutor Luiz Fernando de Queiroz, responsável não só, mas particularmente, pela qualidade e regularidade com que a revista vem sendo editada. Estendo agradecimentos aos laboriosos e atenciosos funcionários da Amapar e ao prestativo e dedicado grupo de colaboradores da Bonijuris. Sou

igualmente grato ao Conselho Editorial que empresta à nossa revista o prestígio e a distinção que tem granjeado nos meios jurídicos.

A revista nesta nova, e já longa, fase, por inspiração do nosso então presidente Gilberto Ferreira, renasceu para unir a Escola, a Associação e o Tribunal de Justiça; este objetivo é permanente e esperamos que se renove e se fortaleça. Há projetos, ideias e planos de ação, mas, ao final deste ciclo estaremos satisfeitos se a nossa revista alcançar o seu maior desiderato, que é servir de espaço e veículo a unir os nossos autores e leitores.

Boa leitura.

Joatan Marcus de Carvalho

Diretor da RJP

SUMÁRIO

ANÁLISE

1. Duas coisas julgadas 17
Teresa Arruda Alvim

DOCTRINA

2. A teoria da associação diferencial e os atos de conluio nas contratações públicas 29
Marcelo Quentin
3. Constituição mundial – Utopia? 49
Larissa Lutiana Friza de Vasconcelos
4. Cláusulas abusivas nos contratos de adesão 73
João Ricardo Fornazari Bini
5. Heurísticas, vieses cognitivos e ruídos sistemáticos: fragmentos do pensamento de Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein para o julgamento judicial 87
Eduardo Cambi
6. A capacidade dos animais de ser parte em demandas judiciais – uma análise a partir da perspectiva jurisprudencial de direito comparado e de recentes decisões judiciais brasileiras 103
Marcel Guimarães Rotoli de Macedo
7. Cabimento de compensação por danos morais nos casos de abandono afetivo de filhos 125
Fabiane Lima Eloy Nogueira
8. Criptoativos, sociedade de risco e lavagem de dinheiro: questão de poder e/ou problema jurídico? 149
Felipe Artigas Hay
9. O crime do art. 10 da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) 169
Erinton Cristiano Dalmaso

10. O Conselho da Comunidade de Matinhos como exemplo de efetividade da Lei de Execução Penal	185
<i>Erenê Oton França de Lacerda Filho</i>	
<i>Adriana Lucinda de Oliveira</i>	
11. Posições epistêmicas privilegiadas e sugestões metodológicas para a valoração da prova oral: alguns aportes	199
<i>Danielle Nogueira Mota Comar</i>	
<i>Tiago Gagliano Pinto Alberto</i>	
12. Diálogo entre gênero e cárcere – o acolhimento de mulheres trans e de travestis no sistema prisional com base nas resoluções 348 e 366 do CNJ	221
<i>Diego Paolo Barausse</i>	
13. Os <i>punitive damages</i> no direito brasileiro e seus reflexos nas condenações por danos morais	241
<i>Gregory Ibrahim Malfatti</i>	
<i>Luiz Gustavo Thadeo Braga</i>	

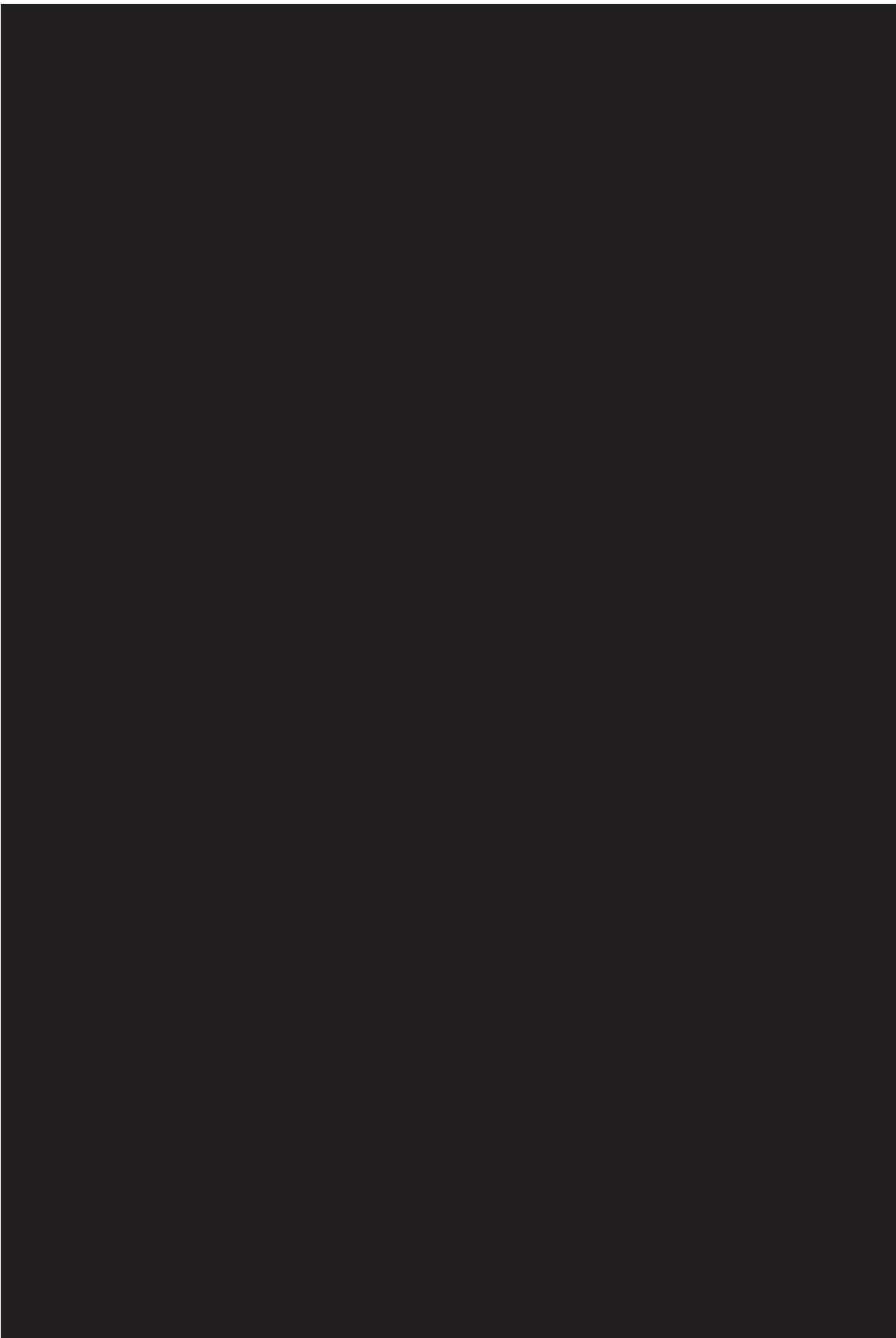
EM DESTAQUE

14. Discurso de posse ao Des. Luiz Eduardo Gunther em face da posse perante a APLJ – Academia Paranaense de Letras Jurídicas	285
<i>Clayton Reis</i>	

JURISPRUDÊNCIA

15. Ementário do TJPR	295
Administrativo, 295	
Civil, 296	
Criminal, 298	
Processo civil, 300	
Tributário, 302	

ANÁLISE



Duas coisas julgadas

Teresa Arruda Alvim¹

Doutora e mestre em Direito pela PUC-SP

QUE A COISA JULGADA é prestigiada pela Constituição Federal, todos sabemos. Que a decisão de mérito que desrespeita a coisa julgada é rescindível, não é novidade. Mas... passado o prazo da ação rescisória, existentes duas coisas julgadas, qual prevalece?

Sempre me surpreendeu o número de doutrinadores que apoia a posição no sentido de que, havendo duas coisas julgadas sobre o mesmo objeto, e já escoado o prazo para a propositura da ação rescisória, a segunda coisa julgada deverá prevalecer²⁻³.

Egas Moniz de Aragão, por exemplo, ensina que:

Afigura-se mais acertada a lição dos que sustentam a validade da última sentença, dado que (escreve LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL) “seria perfeitamente aceitável que prevalecesse a segunda decisão com prejuízo da primeira. Não teriam faltado, à parte prejudicada pela segunda decisão, oportunidades para alegar a existência do julgado precedente”⁴ (tampouco ao juiz do processo, pode-se acrescentar, ou ao Ministério Público; eventualmente a algum terceiro). Com efeito, se apesar de tudo outra sentença passar em julgado sobre a mesma *res* e não for mais possível rescindi-la por se ter expirado o prazo do art. 495, caso é de prevalecer a última (mesmo que haja várias anteriores). Se devesse prevalecer sempre a primeira, razão não haveria em outorgar ação para rescindi-la (o art. 485, IV, do CPC, seria norma inútil), pois qualquer deles sempre poderia objetar, a todo tempo, que, por ofender a coisa julgada, seria ela inócua – “nenhuma”, na linguagem das Ordenações do Reino. Mas como se atribui ao interessado ação para desconstituir sentença

passada em julgado, que contraria outra, anterior, também convertida em *res iudicata*, é de concluir-se que se a posterior não for rescindida prevalecerá sobre a anterior visto como não podem coexistir.⁵

A jurisprudência a esse respeito nunca foi uniforme⁶.

O problema se coloca de maneira mais aguda quando se trata de resolver a subsistência de duas coisas julgadas formadas sobre sentenças contraditórias que sejam incompatíveis no plano empírico. Embora, de rigor, se existirem duas coisas julgadas, ainda que não se tenham formado sobre duas sentenças contraditórias, seja um problema jurídico, não consiste necessariamente em um problema prático.

Recentemente, Marco Gradi publicou um verdadeiro tratado sobre o conflito lógico teórico entre coisas julgadas e concluiu que esse conflito, embora tenha sido tradicionalmente tolerado pela doutrina e pelo direito, idealmente não deveria existir. Assim, o que ele sustenta é que nem mesmo o conflito puramente teórico está de acordo com a harmonia que se pretende existir no direito nos dias que ora correm⁷.

É inadmissível, portanto, óbvia e evidentemente, que haja conflitos práticos. Nesse contexto é que se coloca o problema: havendo duas coisas julgadas, uma que, por exemplo, condena o réu e a outra que julga a ação improcedente, tendo transcorrido em branco o prazo para que a rescisória fosse manejada, qual das duas deve prevalecer?

Sempre sustentei tese oposta à que prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça, em decisão relativamente recente.

Decidiu-se, no STJ, na Corte Especial, no julgamento do Recurso de Embargos de Divergência interpostos no AREsp 600.811/SP (2014/0261478-2), de relatoria do ministro OG Fernandes, julgado em 04 de dezembro de 2019, que deve prevalecer a segunda coisa julgada.

Deve-se reconhecer que há muitos argumentos sustentando ambas as posições. Sustentando a tese de que deve prevalecer a segunda coisa julgada, tem-se o argumento de que o único sentido do prazo de dois anos para que a segunda coisa julgada seja rescindida é se considerar que, ultrapassado esse prazo sem que a rescisória seja utilizada, passa a valer a segunda decisão. A lição de Flávio Yarshell caminham nesse sentido:

Em outras passagens deste estudo já se acenou para a adoção do entendimento segundo o qual, havendo sentença transitada em julgado que ofenda autoridade de outra precedente, se não for tempestivamente aforada a ação rescisória, há que prevalecer a segunda das decisões.⁸

Esse argumento cai, no entanto, quando se pensa na possibilidade de alegação, por exemplo, de ausência de citação no processo de conhecimento, nos embargos ou na impugnação à execução. Isso porque se trata de um meio adequado para que essa alegação seja feita, mas com certeza não é o único! Pode-se alegar esse vício mesmo depois de escoado o prazo para a rescisória e, de rigor, mesmo em petição simples no curso da própria execução.

Muitas matérias elencadas pelo legislador como alegáveis em preliminar de contestação, como se sabe, podem ser alegadas posteriormente.

Argumento de autoridade a que sempre fazia menção o professor José Carlos Barbosa Moreira é o de que as sentenças transitadas em julgado, na verdade, não são nulas, mas sim “rescindíveis”. Corajosamente discordo do mestre de todos nós para dizer que a nulidade é um “estado defeituoso” em que se encontra um ato, ao passo que a rescindibilidade indica apenas o caminho que deve ser trilhado para que esse ato seja impugnado. Portanto, uma coisa não se transforma na outra. Eu devo classificar o defeito de que padece a decisão para, depois, indicar qual a via adequada para que a decisão que padece desse defeito seja impugnada.

Eduardo Talamini, em trabalho recentemente publicado⁹, sustenta que a racionalidade da conclusão, no sentido de que deve prevalecer a segunda coisa julgada, está no direito público. Nesse ambiente, diz o autor, o ato posterior revoga o anterior. No entanto, o que me parece é que o ato defeituoso, nesse caso, padece de um vício que não pode ser tido como irrelevante, apenas porque um prazo teria se escoado.

Por outro lado, me parece também inadequado fazer alusão à lógica do direito público. O legislador, quando edita uma norma, não abre mão do seu direito de editar outra que lhe seja contrária.

Diferentemente ocorre com o juiz, quando julga um caso concreto, proferindo decisão que chega a transitar em julgado. Essa circunstância, na verdade, inibe-o de proferir outra decisão, julgando novamente o mesmo caso. Isso porque, como todos nós sabemos, a coisa julgada, além de ter seus efeitos positivos, que significa, grosso modo, projetar os efeitos da sentença para o futuro, também tem seus efeitos negativos, um deles, justamente o de inibir as partes de moverem ação para discutir o mesmo tema sobre o qual já há autoridade de coisa julgada, e outro o de obstarem o próprio Judiciário a reexaminar o que foi antes examinado. As razões são evidentes: economia processual e perigo de decisões contraditórias.

Outro argumento de peso consiste no fato de que a Constituição Federal protege a coisa julgada, mas a lei ordinária disciplina o instituto, e nessa disciplina se completa o desenho do instituto. Tanto é que o Código de Processo Civil prevê a ação rescisória, principal meio para se impugnar uma decisão judicial transitada em julgado. Se é verdade que a lei ordinária pode, efetivamente, desenhar de forma mais precisa um instituto que protege um valor constitucional, também é verdade que a lei ordinária não pode esvaziá-lo! Ou seja, tudo o que a lei ordinária vier a fazer a respeito de uma figura criada e protegida pela Constituição Federal não pode vir a inutilizar o que tenha feito a Constituição.

Sérgio Rizzi sustenta que o ânimo constitucional inerente à coisa julgada não permite que a segunda sentença prevaleça em relação a primeira¹⁰.

Dizer que a Constituição Federal protege a coisa julgada significa, óbvia e evidentemente, a meu ver, que a Constituição Federal protege a primeira coisa julgada, mas não todas. Esse é o principal argumento usado pelo professor Arruda Alvim, em artigo recentemente publicado¹¹: porque se considera que a segunda coisa julgada deve ser protegida em detrimento da primeira, e que a terceira deve ser protegida em detrimento da segunda, e assim por diante, na verdade não se está protegendo a coisa julgada. Isso, no fundo, equivale a alguém dizer que valoriza o casamento porque se casou cinco vezes!

Deve-se ter presente que o fundamento constitucional que leva à conclusão no sentido de que deve prevalecer a primeira coisa julga-

da extrapola, razoavelmente, a literalidade do art. 5º, XXXVI. Deve-se levar em conta que a finalidade do instituto é quase que inteiramente a de gerar segurança jurídica. A imutabilidade das decisões judiciais é um pressuposto mínimo de sua credibilidade e da credibilidade do próprio Poder Judiciário. Não se pode cogitar de o Estado, na forma de juiz, poder rever suas decisões depois de findo o processo. Onde estaria a sua submissão à lei e ao direito, que ele mesmo definiu, na condição de juiz?

Pode-se imaginar, por exemplo, que decisões judiciais que assegurem direitos fundamentais seriam temporárias? Por que poderia haver decisões posteriores, dispondo de forma diferente? E essas, se não fossem rescindidas, passariam a valer?

De fato, o prestígio à confiança tem se revelado cada vez mais capital no direito contemporâneo. No próprio processo é oportuno lembrar do princípio da cooperação, da relevância da boa-fé objetiva e de tantos outros institutos ou construções jurídicas que prestigiam a confiança das pessoas. A estabilidade também é um valor bastante significativo no direito contemporâneo. Basta termos presente a diminuição dos prazos previstos no Código Civil. Enfim, a meu ver, considerar-se que vale a segunda coisa julgada, depois de escoado o prazo para ação rescisória, é fruto de uma visão geral do direito que não se coaduna com a tônica das tendências contemporâneas.

Essa é mais uma das razões que me parecem ser extremamente relevantes e que levam à conclusão no sentido de que deve prevalecer a primeira coisa julgada, porque a primeira coisa julgada é a que terá gerado confiança no jurisdicionado no sentido de que sua situação estava definitivamente resolvida.

Afinal de contas, a segunda ação não deveria sequer ter sido ajuizada. Nasceu viciada. É claro que é possível dizer ter havido omissão, por

Dizer que a Constituição Federal protege a coisa julgada significa, óbvia e evidentemente, a meu ver, que a Constituição Federal protege a primeira coisa julgada, mas não todas

parte daquele a quem interessava a alegação de haver outra coisa julgada anterior, bem como omissão do próprio juízo, que poderia e deveria ter conhecido da questão ou do ponto, de ofício. Mas se essa conduta omissiva pode ser levada em conta para que possa valer a segunda coisa julgada, e não a primeira, não se pode esquecer de considerar eventual má-fé daquele que intentou a segunda ação a fim de provocar o Poder Judiciário a apreciar novamente questão sobre a qual já havia decisão transitada em julgado.

A proteção à última coisa julgada claramente ofende o princípio da proteção à segurança jurídica

Barioni esclarece que é tecnicamente inadequado atribuir à segunda das decisões eficácia rescindente em relação à primeira, sem que haja previsão legal autorizadora. Isso porque a interpretação sistemática do ordenamento constitucional e infraconstitucional revela que a única decisão que recebe amparo é a primeira, jamais a segunda. O transcurso do biênio rescisório não altera esta orientação¹².

Em decisões recentes do STJ, prevaleceu o entendimento de que se deve proteger a coisa julgada que por último se formou. Então, na conformidade do que eu disse, poderia valer, depois de escoado o prazo para ação rescisória, uma quinta ou mesmo uma sexta coisa julgada a respeito do mesmo tema.

A proteção à última coisa julgada claramente ofende o princípio da proteção à segurança jurídica. Quando se diz que o instituto da coisa julgada deve ser protegido, deve-se ter em mente que não é o instituto em tese, mas a situação concreta em que o instituto se concretizou, aconteceu no mundo empírico, que deve ser protegida.

Ao julgar os embargos de divergência interpostos no AREsp 600.811¹³, a Corte Especial do STJ, com relatoria do ministro Og Fernandes, decidiu que deveria valer a segunda coisa julgada – ou melhor – aquela que por último se formou.

É relevantíssimo que se diga aqui que a votação foi de 8 a 7, ou seja, houve apenas um voto de diferença. E os argumentos foram dos mais variados¹⁴.

Aqueles que votaram a favor da prevalência da primeira coisa julgada levaram em conta a situação do direito adquirido como sendo, por assim dizer, equivalente à da coisa julgada.

No voto do ministro Noronha, ficou estabelecido que o direito declarado por sentença transitada em julgado se incorpora ao patrimônio do seu titular. Paulo de Tarso Sanseverino, a seu turno, na linha do que acabamos de dizer, diz que acontece, no caso uma espécie de má-fé presumida, o que, segundo a ministra Nancy Andrighi, seria efetivamente muito mais grave do que a omissão quanto à alegação do vício no segundo processo ou quanto ao manejo da ação rescisória.

Enfim, o que me parece é que fazer prevalecer a segunda coisa julgada ou, o que é ainda pior, a última que haja a respeito do mesmo tema, faz que com a garantia fique inteiramente esvaziada, sendo integralmente desconsiderados seus fundamentos.

Ademais, para concluir, eu ousaria até dizer que esse tipo de decisão favorece a chicana, ou seja, pode levar partes mal-intencionadas a ajuizar uma segunda, uma terceira ação, na esperança de que, no caso de haver omissão da outra parte, uma segunda ou uma terceira decisão, que lhe seja eventualmente favorável, passe a prevalecer¹⁵. Às vezes, a gente pensa que essas situações nunca aconteceriam no mundo real. Porém, como dizem aqueles que, além de estudar, já viveram um pouco, a realidade é muito mais rica e surpreendente do que a imaginação do legislador e da doutrina.

Notas

1. Teresa Arruda Alvim. Livre-docente, Doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra. Professora visitante na Universidade de Lisboa. Diretora de Relações Internacionais do IBDP. *Honorary executive secretary general* da International Association of Procedural Law. Membro honorário da Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Accademia delle Scienze dell’Istituto di Bologna, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras

- Jurídicas, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDCConst. Membro do Conselho de Assessores Internacionais do Instituto de Derecho Procesal y Practica Forense de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná (CAMFIEP). Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais). Coordenadora da *Revista de Processo* – RePro, publicação mensal da Editora Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais. Relatora da Comissão de Juristas, designada pelo Senado Federal, em 2009, que redigiu o Anteprojeto de Código de Processo Civil. Relatora do Anteprojeto de Lei de Ações de Tutela de Direitos Coletivos e Difusos, elaborado por Comissão nomeada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2019, (PL 4778/20). Advogada.
2. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Notas de atualização à Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 242; Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires – (Liebman) e Cândido Dinamarco em *Instituições de direito processual civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 328-329.
Ademais, Humberto Theodoro Júnior entende que, em caso de duplicidade de coisa julgada sobre a mesma lide, a segunda sentença substitui a primeira e é eficaz enquanto não for rescindida, nos termos do art. 485, IV, do CPC (LGL\1973\5). (Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. *Revista de Processo*, v. 19, 1980, p. 33).
 3. Há autores que, de modo original, escapam ao dilema consistente em escolher a primeira ou a segunda coisa julgada, concebendo outras soluções mais criativas. Nieva-Fenoll listou quatro alternativas diversas para a solução da “contrariedade” entre sentenças transitadas em julgado incompatíveis. A primeira delas diz respeito à anulação do pronunciamento que seja posterior no tempo. A segunda, à anulação do pronunciamento anterior. Já a terceira diz respeito à hipótese de anulação do pronunciamento que pareça mais incorreto, admitindo-se a possibilidade de prolação, se for o caso, de uma terceira decisão. Por fim, a quarta e última possibilidade seria anular ambas as sentenças e reiniciar tudo de novo (NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. Tradução de Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 295-305).
 4. VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, *apud* Egas Moniz de Aragão, veja-se nota 5.
 5. ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 285.
 6. REsp 400.104/CE, 6ª T., Rel. Min. Paulo Medina, j. em 13.05.2003, DJ 09/06/2003; REsp 604.880/SE, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em: 22.05.2007, DJ 11/06/2007; REsp 598.148/SP, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. em: 25.08.2009, DJ 31.08.2009; AgRg no AREsp 200.454/MG, 2ª T., Rel. Min. Og Fernandes, j. em: 17.10.2013, DJ 24.10.2013; REsp 1354225/RS, 3ª T., Rel. Min.

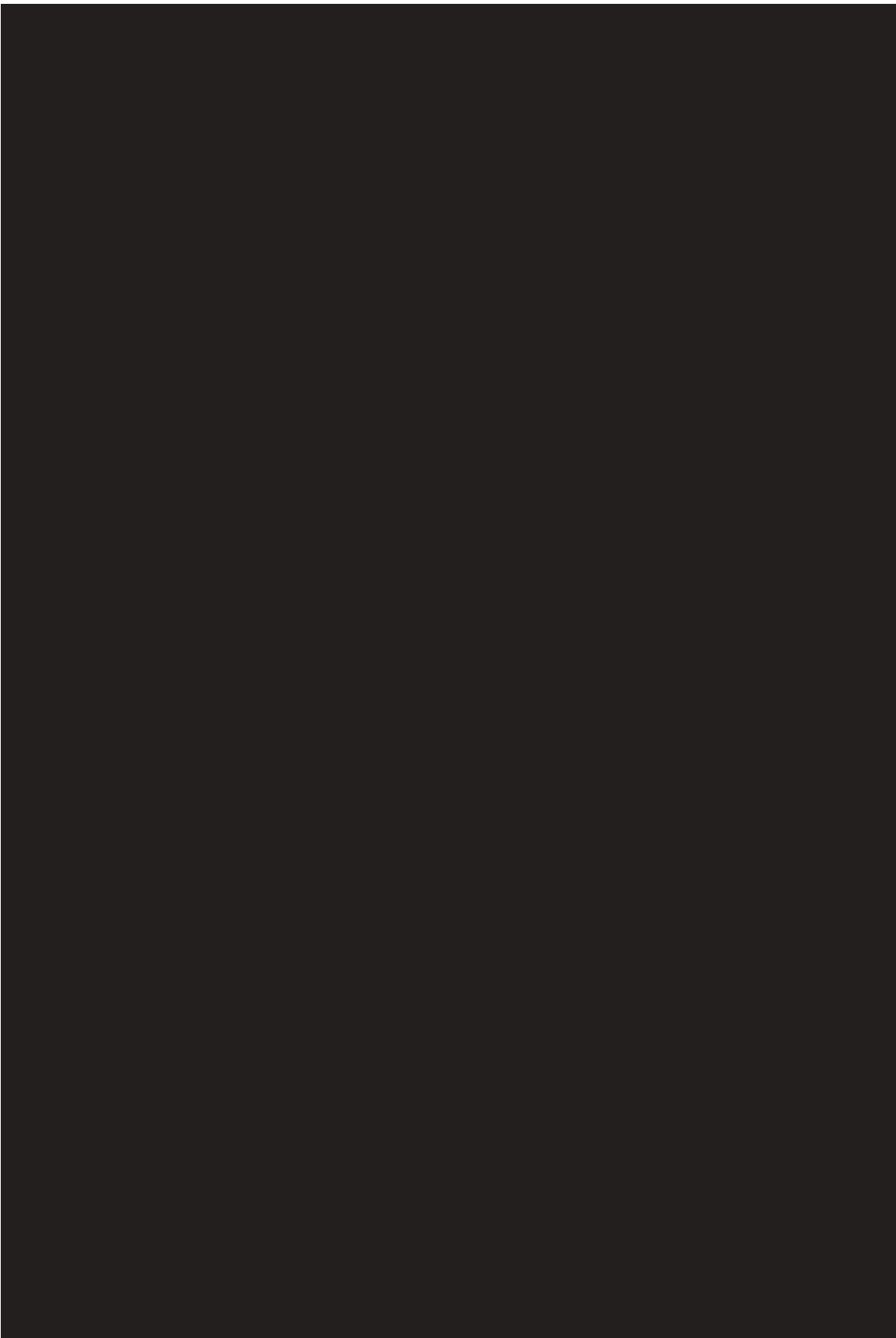
- Paulo de Tarso Sanseverino, j. em: 24.02.2015, DJ 05.03.2015; REsp 1524123/SC, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. em: 26.05.2015, DJ 30.06.2015; AgInt no AREsp 600.811/SP, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em: 06.10.2016, DJ 13.10.2016; EDcl no AgRg no AREsp 531.918/DF, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em: 01.12.2016, DJ 12.12.2016; AREsp 42.204/DF, 1ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 27.11.2018, DJ 11.12.2018.
7. GRADI, Marco. *Il contrasto teorico fra giudicati*. Bari: Editora Cacucci, 2020, *passim*.
 8. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317.
 9. TALAMINI, Eduardo. Conflito entre coisas julgadas: prevalência da segunda, quando não rescindida. In: FREIRE, Alexandre; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; KUKINA, Sérgio Luiz; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *O CPC de 2015 visto pelo STJ*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
 10. RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 133-139.
 11. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Duas coisas julgadas. In: FREIRE, Alexandre; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; KUKINA, Sérgio Luiz; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *O CPC de 2015 visto pelo STJ*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
 12. BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 100-101.
 13. STJ, EAREsp 600.811/SP (2014/0261478-0), Corte Especial, Rel. Min. OG Fernandes, j. em 04.12.2019, DJ 07.02.2020.
 14. Vê-se, portanto, que diante do apertado placar, a divergência ainda se revela dentro da própria Corte Especial.
 15. Nesse sentido: SOARES, Leonardo Augusto de Moraes. Conflito de coisas julgadas: qual sentença deve prevalecer quando há duas manifestações de mérito sobre um mesmo objeto? *Jus Navigandi*, nov. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86566/conflito-de-coisas-julgadas-qual-sentenca-deve-prevalecer-quando-ha-duas-manifestacoes-de-merito-sobre-um-mesmo-objeto/3>. Acesso em: 17 de julho de 2021.

Referências

- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Duas coisas julgadas. In: FREIRE, Alexandre; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; KUKINA, Sérgio Luiz; ARRUDA ALVIM, Teresa. (coord.). *O CPC de 2015 visto pelo STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

- BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III.
- GRADI, Marco. *Il contrasto teorico fra giudicati*. Bari: Editora Cacucci, 2020.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3. ed. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. Tradução de Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- SOARES, Leonardo Augusto de Moraes. Conflito de coisas julgadas: qual sentença deve prevalecer quando há duas manifestações de mérito sobre um mesmo objeto? *Jus Navigandi*, nov. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86566/conflito-de-coisas-julgadas-qual-sentenca-deve-prevalecer-quando-ha-duas-manifestacoes-de-merito-sobre-um-mesmo-objeto/3>. Acesso em: 17 jul. 2021.
- TALAMINI, Eduardo. Conflito entre coisas julgadas: prevalência da segunda, quando não rescindida. In: FREIRE, Alexandre; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; KUKINA, Sérgio Luiz; ARRUDA ALVIM, Teresa. (coord.). *O CPC de 2015 visto pelo STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, 1980.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DOUTRINA



A teoria da associação diferencial e os atos de conluio nas contratações públicas¹

Marcelo Quentin²

Juiz de Direito e Juiz Eleitoral do Paraná

Resumo: O presente artigo trata da Teoria da Associação Diferencial, de Edwin Sutherland, como importante teoria capaz de explicar certos comportamentos criminosos por meio de um processo comunicativo de ensino-aprendizagem entre os agentes da prática delituosa. Buscam-se os elementos centrais para se analisar a referida teoria e posteriormente, de posse destes elementos, se idealiza uma aproximação dos estudos de Sutherland com a específica conduta de conluio, praticada no bojo de procedimentos de contratação pública, procedimentos adjudicatórios, a gerar corrupção, quebra de concorrência e prejuízo ao erário público. Ao cabo do trabalho se pretende demonstrar a viabilidade da utilização da Teoria da Associação Diferencial como importante marco teórico para explicar a prática do conluio no contexto das contratações públicas.

Introdução

NO QUE TANGE ÀS CONTRATAÇÕES públicas, Portugal, assim como todos os países da União Europeia, está sujeito às chamadas Diretivas Europeias de Contratação Pública. As principais diretivas a que se faz

referência são os atos 2014/23/EU, especificamente sobre o contrato de concessão, 2014/24/UE, sobre aquisições de serviços e obras públicas, e 2014/25/EU, especificamente sobre as regras de adjudicação dos contratos das entidades dos setores da água, energia, transporte e serviços postais, tida como a Diretiva dos setores especiais.

É certo que a instituição de diretivas europeias nesse campo tem o condão de criar uma padronização entre os países do bloco no que concerne às contratações públicas, estas que são representativas de cerca de 19% do PIB da Europa e, portanto, possuem uma considerável influência na economia em todo continente. Entre os objetivos mais específicos das diretivas europeias estão os de flexibilizar e simplificar os procedimentos adjudicatórios, promover as pequenas empresas e centralizar as compras e contratações públicas na implantação de políticas de sustentabilidade e inclusão social³.

Especificamente em Portugal, além desses objetivos, possuem grande influência na questão das contratações públicas os princípios da igualdade, da transparência e da livre concorrência, considerados realmente essenciais sobretudo quanto às competições públicas para se eleger a proposta vencedora dos certames concorrenciais no país. Ressalta-se, contudo, que o termo conhecido no Brasil por “licitação pública”, a designar o procedimento administrativo voltado a eleger a melhor proposta para contratação pública, não é utilizado em Portugal, onde se usa primordialmente o termo “procedimento adjudicatório”, ou ainda “procedimento pré-contratual”. Daí por que este artigo deve seguir a lógica portuguesa.

Insta dizer ainda que, no campo legal, os procedimentos adjudicatórios em Portugal são baseados sobretudo no Código de Contratos Públicos (Decreto-lei 18/2008 e suas alterações).

Pois bem, é neste contexto das contratações públicas que se pretende inserir o presente estudo a respeito especificamente do crime de corrupção praticado no bojo dos certames adjudicatórios, através principalmente do conluio, e ainda com recorte epistemológico concernente à aplicação da chamada “Teoria da Associação Diferencial”, de Edwin Sutherland (1883-1950), aos casos de corrupção em questão.

Assim sendo, é certo que, em primeiro lugar, é preciso realizar um estudo prévio, ainda que breve, do que seria a “Teoria da Associação Diferencial”.

1. A teoria da associação diferencial

A Teoria da Associação Diferencial surgiu na 3ª edição da obra “*Principles of Criminology*”, de Edwin Sutherland, em 1939⁴. Costuma-se dizer que a obra é bastante influenciada por outra teoria, a de Gabriel de Tarde, conhecida como “*As Leis de Imitação*”⁵, para as quais no comportamento humano existe a lógica da imitação, em que as pessoas que convivem proximamente tendem a se imitar, os inferiores imitam os superiores (seja qual for a relação de hierarquia), e ainda novos comportamentos passam a ser imitados, deixando para traz os velhos comportamentos.

Grosso modo, baseado, portanto, na teoria de imitação, mas não se limitando a ela, desemboca-se, pela Teoria da Associação Diferencial, na ideia de que o crime é fruto de um conhecimento apreendido através da comunicação entre os sujeitos envolvidos na prática delituosa⁶.

Edwin Sutherland foi um dos sociólogos e criminólogos mais importantes do século 20 e destinou a sua carreira a estudar precipuamente os crimes econômicos e o crime organizado. Foi ele também quem pela primeira vez definiu os chamados “white collar crimes” ou “crimes do colarinho branco.”

Assim sendo, é evidente que a Teoria da Associação Diferencial, por ele criada, está intimamente ligada aos crimes de natureza econômica e aos chamados crimes do colarinho branco.

Ainda, em larga medida, a teoria de Sutherland se aproxima também dos crimes de corrupção em específico, como veremos neste trabalho, crimes estes que, não raro, são praticados justamente no bojo dos processos de contratações públicas, para que, sobretudo pela prática de conluio, se desvie dinheiro público⁷. Daí advém a importância do estudo da teoria de Sutherland ainda nos dias de hoje e em especial para o objeto deste trabalho.

1.1 Breve contextualização histórica

O desenvolvimento da Teoria da Associação Diferencial ocorre após a primeira guerra mundial, quando há um grande crescimento econômico dos Estados Unidos da América, por meio de uma indústria pujante e um mercado interno sólido, acrescido ainda da abertura e dominação por aquele país do mercado externo.

Na sequência, com o crescimento cada vez maior do mercado da especulação, em 1929 se dá o “Crack” da Bolsa de Valores de Nova York, o que acaba por gerar uma crise sem precedentes, afetando não só o mercado interno norte-americano, mas também todo o mercado mundial; por exemplo, com a cessação dos créditos concedidos a países europeus pelos EUA.

Com a assunção do presidente norte-americano Franklin Roosevelt, em 1933, é lançado o conhecido plano “New Deal”, por meio do qual passou-se a investir largamente em políticas públicas e em infraestrutura, alavancando-se amplamente o setor de construção, o que passa a absorver muita mão de obra, gerando uma grande quantidade de empregos. Outras tantas medidas foram implementadas no “New Deal”, considerado um verdadeiro sucesso no sentido de retirar os EUA da grande recessão que enfrentavam⁸.

Pois bem. O traço mais importante de ser identificado neste período histórico é o nítido aumento da intervenção do Estado na economia e o aumento considerável do controle das atividades econômicas pelo Estado norte-americano.

Com o controle estatal incrementado, advieram condutas de resistência a este controle, de negativa à fiscalização e de marginalização de comportamentos econômicos. Corporações inteiras passam a burlar regras, grupos organizados passam a tentar cada vez mais ganhar dinheiro à margem da legalidade, “máfias” surgem como fenômeno comum nesse período de maior controle do sistema econômico e de maior intervenção de Estado na economia.

É nesse contexto que se inserem os estudos de Edwin Sutherland, o qual passa a observar os comportamentos contrários ao controle estatal e à Lei, criando o que ele chama de “Teoria da Associação Diferencial”,

para explicar por que certas pessoas, cujas características não levariam a crer tratar-se de criminosos, de fato o são e de fato praticam condutas criminosas muitas vezes causadoras de prejuízos ainda maiores do que os causados pelos criminosos comuns.

Cria-se uma verdadeira categoria nova de criminoso, o chamado criminoso do “colarinho branco” que atenta de um modo geral contra o Estado e contra a economia como um todo. São, portanto, pessoas que comentem crimes, mas são socializadas, ricas, bem-sucedidas, sem nenhuma dificuldade financeira. Um tipo de criminoso que destoa daquele que comete o crime por questões sociais de exclusão. Segundo Shecaira⁹, “o crime do colarinho branco é aquele que é cometido no âmbito da sua profissão por uma pessoa de respeitabilidade e de elevado estatuto social”.

1.2 Teoria da associação diferencial e a desorganização social ou organização social diferencial

A Teoria da Associação Diferencial, também chamada de Teoria do Aprendizado Social, estabelece que o sujeito desenvolve sua gama de comportamentos calcados nos exemplos de comportamento que o influenciam, dentro de um processo comunicativo de ensino e aprendizagem.

Além de basear-se na já citada Teoria das “Leis da Imitação”, de Gabriel de Tarde (conforme já citamos, mas não se limitando a ela, obviamente), a Teoria da Associação Diferencial se aproxima de uma ideia de desorganização social como fonte geradora de criminalidade.

É dizer: “A função social do crime é de mostrar as fraquezas da desorganização social. Ao mesmo tempo que a dor revela que o corpo vai mal, o crime revela um vício da estrutura social, sobretudo quando ele tende a predominar. O crime é um sintoma de desorganização social e pode sem dúvida ser reduzido em proporções consideráveis, simplesmente por uma reforma da estrutura social.”¹⁰

Especificamente no que concerne à associação diferencial, tem-se que o agente adentra à esfera da criminalidade quando entra em contato com outros agentes que praticam referido ato delituoso. Ainda,

quanto mais íntimo for esse contato, maiores condições haverá para que haja a efetiva marcha criminosa por parte do agente em questão, o aprendiz.

Grosso modo, a conduta criminosa não seria intrínseca às condições sociais do agente (do agente excluído ou marginalizado) e nem mesmo à sua personalidade “voltada para o crime”. O que ocorreria sim é o resultado de um aprendizado da prática criminosa por meio do contato e a convivência com outros criminosos; tudo isso, claro, atrelado a uma

No que concerne à associação diferencial, tem-se que o agente adentra à esfera da criminalidade quando entra em contato com outros agentes que praticam referido ato delituoso

desorganização social como elemento inicial e central a justificar a prática de delitos. Isto é: “A conduta criminal sistemática é consequência imediata da associação diferencial em uma determinada situação, na qual existem conflitos culturais e, em última instância, uma desorganização social.”¹¹

Nesse sentido, a desorganização social ou organização social diferencial seria a causa básica da criminalidade, incrementada pelas associações diferenciais formadas pela comunicação entre os agentes criminosos, atrelada também à existência de conflitos culturais intrínsecos à dada sociedade.

De se fixar, pois, que a desorganização social para Sutherland teria duas facetas: primeiro, aquela ligada a um aspecto do conflito cultural, em que a desorganização ocorreria na medida em que haveria conflito entre culturas diversas de uma sociedade moderna. De outro lado, a inação das pessoas que pautam a sua vida no cumprimento das leis diante dos descumprimentos da lei funcionaria como um grande incentivo ao incremento da criminalidade. Um verdadeiro “silêncio dos bons”.

Caso contrário, houvesse não uma inércia, mas sim uma insurgência social ativa e proativa contra referida prática criminosa, criar-se-ia um campo propício para a sua não mais ocorrência e o seu extermínio pelos sistemas de persecução criminal.

Ainda, é importante aprofundar, como explicam Garrido, Stangeland e Redondo¹², no sentido de que a Desorganização Social ou

Organização Social Diferencial não se confundem com uma falta de ordem social, como defendia a Escola de Chicago; mas sim constituem a existência de uma determinada organização integrada por grupos distintos, dentre os quais alguns são favoráveis e outros contrários ao cumprimento das normas.

1.3 Proposições da teoria da associação diferencial

Adentrando mais precisamente na teoria de Sutherland, especificam-se as proposições ou postulados¹³ da Teoria da Associação Diferencial a seguir.

a. Crime como comportamento aprendido

O comportamento delincente é, para a Teoria da Associação Diferencial, um comportamento aprendido assim como o é o comportamento virtuoso de um modo geral. Da mesma maneira que ocorre com o comportamento legal, cuja associação se perfaz entre pessoas que respeitam a lei, os comportamentos criminosos também são determinados dentro de um processo de associação entre pessoas que cometem crimes e, no qual, os mais experientes ensinam os menos experientes, passando adiante o modelo da prática dos crimes em questão.

Segundo Veras¹⁴, “para a teoria da associação diferencial, o comportamento criminoso é aprendido pelo meio de técnicas, racionalizações e atitudes em grupos de referência (família, escola, amigos). Esse comportamento não é herdado nem inerente às condições geográficas, mas aprendido, da mesma forma que o comportamento conforme a Lei. Assim, é apenas favorecido pelo ambiente em que ocorrem os contratos de aprendizagem”.

O comportamento criminoso, portanto, não é herdado, mas sim demanda a interação entre os atores por meio de um processo de comunicação e de ensino-aprendizagem, o que se analisa no próximo item.

De se frisar, ainda, que a intimidade entre os agentes que praticam o delito é elemento importante para a consecução da associação diferencial; sem essa intimidade o processo dificilmente se concretiza. Falaremos mais a frente da questão da intimidade como fundamental para a formação de uma associação diferencial.

b. Crime como comportamento aprendido em um processo comunicativo

O comportamento criminoso na associação diferencial ocorre, como dito, por meio de um processo comunicativo. Nesse sentido, variam os estímulos à prática criminosa, podendo decorrer de comunicação familiar (no caso de algumas “máfias”, por exemplo) e de relações sociais ou mesmo empresariais. Fato é que não há como definir de antemão de onde surgirão os estímulos comunicativos para a prática criminosa; as fontes seriam variadas.

A associação, portanto, não é fruto de uma geração espontânea ou aleatória. Em verdade, a comunicação é o vetor capaz de gerar a voluntariedade para a formação desse tipo de associação. Assim como para a formação de uma associação lícita tem-se uma convergência de ideias e um objetivo comum, aqui na associação diferencial isso não destoa, pois a comunicação entre os interlocutores vai gerar a congruência de objetivos e ideias a ponto de conferir concretude à formação da associação, concretizando-se a apreensão das condutas criminosas. Aliás, o motivo para se chamar “diferencial” esse modelo de associação é apenas e tão somente o fato de que a congruência de ideias e objetivos se dá no campo da ilicitude.

c. A intimidade como fundamental para a formação da associação diferencial

Constituem parcela decisiva para o processo de aprendizagem comunicativa do comportamento criminoso as relações de intimidade entre os “associados”. Quanto maior a intimidade entre os interlocutores, maior será a interação e a comunicação, e por isso, mais chances de se concretizar a associação e em suma o aprendizado para o desenvolvimento dos comportamentos criminosos.

Não é à toa que muitas associações criminosas se formam no seio de famílias, como, conhecidamente, à título de exemplo, a máfia de Nova York, formada pelas cinco famílias Bonanno, Colombo, Gambino, Genovese e Luchese.

É evidente que os objetivos de uma organização complexa como a máfia de Nova York baseiam-se estruturalmente no lucro, mas por conta da busca incessante por altos ganhos, deixam um evidente rastro de

violência por onde passam, como se a violência nesse caso constituísse a atividade-meio para o fim maior no lucro exacerbado desses agrupamentos criminosos.

d. Dentro do processo de aprendizado está incluída a apreensão das técnicas para o cometimento dos delitos (elemento objetivo da aprendizagem) e da “autojustificação racional” para estes (elemento subjetivo da aprendizagem)

É, pois, parte do processo de aprendizagem para a formação da associação diferencial a apreensão das técnicas necessárias para o cometimento dos delitos, sejam delitos dos mais simples aos mais sofisticados, o que pode ser tido como o “aspecto objetivo” da aprendizagem, o *know-how* para a prática dos crimes propriamente dita.

Ademais, além das técnicas, há de se assimilar o que se chama de “aspecto subjetivo” do aprendizado, isto é, a apreensão dos motivos, razões, impulsos e atitudes que consubstanciam a associação diferencial. É o que se chama de “*self-justifying rationale*” ou “autojustificação racional”, no sentido de que as associações diferenciais possuem uma razão fundamental autojustificante que dá aos componentes do grupo motivos para que de algum modo justifiquem as práticas ilegais, como se essas práticas pudessem ser consideradas justas sob algum ponto de vista. Com isso, cria a associação uma motivação arraigada que é objeto fundamental do processo de aprendizagem para o descumprimento da lei.

A autojustificação racional cria, assim, um ideário na mente dos componentes da associação diferencial no sentido de que os crimes por eles praticados são justificados por motivos tais que os tornam pessoas justas e não criminosas, como num verdadeiro complexo de Robin Hood. Pode também a justificação racional nascer não de um sentimento de justiça às avessas, mas simplesmente de um pesar na balança sobre se o crime afinal compensa ou não, se o crime tem mais vantagens do que desvantagens.

Constituem parcela decisiva para o processo de aprendizagem comunicativa do comportamento criminoso as relações de intimidade entre os “associados”

Essas formas de apreensão da autojustificação racional, e outras, é o que Sutherland vai chamar de códigos legais.

e. Os códigos legais como meio eficaz pelo qual se opera a aprendizagem na associação diferencial

Por meio desses códigos legais é que se apreendem os impulsos e motivos para a prática dos delitos, ou simplesmente a autojustificação racional, na medida em que, por meio desses códigos, criam-se definições favoráveis para o crime, em contrariedade a definições desfavoráveis a ele, estabelecidas pelo sistema posto, pelas leis do Estado.

Quanto mais definições favoráveis aos crimes, mais motivos e impulsos para se tornar um criminoso a pessoa terá

Códigos legais, portanto, são essas “leis internas da criminalidade” a funcionarem como instrumento de transferência de conhecimento das definições favoráveis ao crime e de seu sopesar com as definições desfavoráveis. É desses códigos legais que se retira a autojustificação racional para a prática do delito, segundo elemento da

aprendizagem da conduta criminosa, que se agrega, como visto, ao primeiro, consistente na apreensão das técnicas necessárias para a prática das condutas.

Em outras palavras, quanto mais definições favoráveis aos crimes, mais motivos e impulsos para se tornar um criminoso a pessoa terá. Por isso se diz que a associação diferencial é um processo interativo que desenvolve o comportamento criminoso por meio desse processo de aprendizado, no qual se atrelam à mente do agente definições favoráveis ao comportamento criminoso, que podem ser tidos como motivos “justos” para a prática do crime, justos apenas na cabeça do agente, ou mesmo motivos vantajosos pura e simplesmente para a prática de delitos.

Destarte, o criminoso, neste caso, é alguém que tem em sua mente mais definições favoráveis do que desfavoráveis ao crime. Mais do que isso, o criminoso é alguém que coloca na balança a impunidade com a lucratividade do crime e por isso opta por ele. A crença na impunidade é um dos principais elementos favoráveis a justificar a prática

criminosa, já que nem sempre o espírito é de uma justificação racional “justa”, como um Robin Hood, mas pode sim ser lastreado em uma mera vantagem na prática do crime¹⁵.

f. Variabilidade das associações diferenciais conforme frequência, duração, prioridade e intensidade

Não há dificuldade em se entender a variabilidade da frequência ou da duração das associações; essa variabilidade é evidente, consoante afirma o próprio autor¹⁶. Seria, portanto, a relação entre a associação e tempo de duração da comunicação, ou ainda a frequência com que essa comunicação ocorre.

Interessante exemplo dado pelo autor é o de uma família que se vê obrigada a se mudar para uma área marginalizada da cidade, com altas taxas de criminalidade. A ordem dos pais para que o filho não mantenha contatos ou mesmo a timidez deste filho poderiam impedir que ocorresse com ele uma associação a práticas criminosas, caso em que o comportamento pessoal seria capaz de, em se reduzindo a frequência de acesso a comunicação da associação diferencial, evitá-la.

Por outro lado, um filho desgarrado que não tenha boa relação com a família e a frequência de contato com outras pessoas que pratiquem crimes poderiam levá-lo a também praticá-los.

No que concerne à prioridade, é de se ter como expectativa que o comportamento legal se desenvolva desde a primeira infância até a vida toda, mas o mesmo há de ocorrer com o comportamento ilegal, se desenvolvido desde a primeira infância.

Aqui ressalta o autor que a prioridade tem muito mais sentido como uma influência seletiva. Quanto antes se desenvolverem as motivações para a criminalidade, mais eficaz e duradoura será a relação, mas isso não diz apenas com a prioridade e sim, também, com a qualidade do incentivo à prática delituosa. No exemplo das máfias, as famílias desde o início já inserem os seus membros no campo da criminalidade, tornando-se praticamente impossível que uma vez dentro da associação se retirem do indivíduo os aspectos subjetivos que o colocaram nela. Isso porque a influência além de prioritária é marcante, pois passada no caso de pais para filhos e outros membros de uma família.

No que concerne à intensidade, tem ela relação com o prestígio da fonte em um padrão criminoso e ainda com as reações emocionais ligadas às associações. Isto é, quanto mais intensa for a associação, mais prestígio ela desenvolve e mais facilmente ela se torna capaz de repassar definições favoráveis do crime por meio da comunicação. Como se criasse uma fama, um status, capaz de seduzir as pessoas à prática criminosa.

Isso ocorre na prática, sobretudo, nos casos em que organizações criminosas gozam de status, são glamourizadas a ponto de serem retratadas na arte, por exemplo, no cinema. Tornam-se até mesmo objeto e desejo. Isso fará com que a intensidade da comunicação de aprendizagem se incremente, tornando-se ainda mais eficaz.

1.4 Teoria da associação diferencial e a motivação indiferente para a prática criminosa

Em suma, o que se retira das proposições de Teoria da Associação Diferencial é que, para Sutherland, todo comportamento legal ou ilegal é aprendido em decorrência de associações com outros. Tal aprendizagem ocorre de forma mais intensa nos grupos que ostentam maior intimidade (como a família).

Ainda, o comportamento criminoso exprime necessidades e valores comuns aos comportamentos lícitos, com a diferença de que para perseguir os objetivos o criminoso irá buscar meios ilegais¹⁷.

Haveria a toda evidência de se concluir que a associação diferencial conforma “a primeira teoria sistemática em que o delito é visto como um comportamento normal dentro de uma sociedade, a qual é sua causa direta; não obstante o material que emprega ser sócio psicológico”¹⁸.

As fontes motivacionais do comportamento em geral são as mesmas tanto para os atos comportamentos criminosos quanto para os comportamentos que respeitam a lei, chamados de comportamentos conformistas. O que difere não é, logo, a motivação, os objetivos, mas sim, e apenas isso, o meio; isto é, a ilicitude é adotada como caminho para a consecução dos desejos no caso das associações diferenciais.

Em sendo assim, é importante mencionar que nem sempre a motivação de um comportamento pode diferenciar um criminoso de um não criminoso, como explicam o próprio Sutherland, Cressey e Luckenbill¹⁹, *in verbis*: “Os ladrões geralmente furtam a fim de obter dinheiro, porém igualmente trabalhadores honestos trabalham a fim de obter dinheiro. Os esforços de muitos estudiosos para explicar o comportamento criminoso por impulsos e valores gerais, tais como o princípio da felicidade, a luta por status social, o motivo do dinheiro, ou a frustração, foram, e continuam a ser, vãs, já que eles explicam a conduta lícita tão completamente quanto eles explicam a conduta criminosa. Tais impulsos e valores são similares à respiração, que é necessária para qualquer comportamento, mas não diferencia o comportamento criminoso do não criminoso.”

Por isso é que a Teoria da Associação Diferencial, como vimos, acomoda as coisas no sentido de que o comportamento criminoso é apreendido em associação com aqueles que definem tal comportamento como favorável (seja por motivos psicológicos ou por mera vantagem). Assim, a pessoa irá se envolver em um comportamento criminoso se, e unicamente se, o peso das definições favoráveis exceder o peso das definições desfavoráveis. Ao fim e ao cabo verifica-se ser indiferente a motivação para a entrada no processo de associação diferencial, eis que essa motivação pode até ser idêntica à atrelada às práticas lícitas.

2. Aproximação da teoria da associação diferencial com os crimes de corrupção praticados por conluio no bojo dos procedimentos de contratação pública

Daquilo que se pode depreender da teoria, e sem adentrar nas críticas que ela comporta, nos interessa aproximá-la do funcionamento das condutas de corrupção quando praticadas no bojo dos procedimentos adjudicatórios, tendentes a desembocar num contrato entre o ente público e um particular.

Na nossa visão, é extremamente viável a referida aproximação, vez que os sujeitos que disputam por um contrato com a Administração

Pública estão inseridos dentro de uma parcela da sociedade em que fica nítido que a prática de um crime, caso o pratiquem, não é e nem nunca será justificada por questões sociais. São empresários, pessoas com status social elevado e que, assim, não cometem delitos por serem excluídos sociais, exatamente nos moldes dos possíveis praticantes de “crimes do colarinho branco”.

Não haveria então melhor explicação para a prática criminosa por parte de empresários ou concorrentes em geral, no bojo de procedimen-

Sabe-se que o direito da contratação pública é um dos palcos mais propícios e atrativos para a ocorrência de comportamentos que põem em perigo a concorrência

tos adjudicatórios, senão pela Teoria da Associação Diferencial. Isso porque está-se diante de comportamentos arraigados por aqueles que praticam o crime e que o fazem diante de uma superação clara, em sua mente, das definições favoráveis do crime em face das suas definições desfavoráveis. E ainda, que transmitem pela via comunicativa os ensinamentos de tais práticas de modo a assim perpetuá-las, ao que os novos aderentes às práticas criminosas o fazem porque identificam as técnicas para a sua prática e também se apropriam da autojustificação racional dos crimes, enxergando ao

final, também eles, que há mais definições favoráveis do que desfavoráveis para se praticar um crime relacionado a um processo adjudicatório.

Sabe-se que o direito da contratação pública é *um dos palcos mais propícios e atrativos para a ocorrência de comportamentos que põem em perigo a concorrência e que podem degenerar em conflitos de interesse e até corrupção*²⁰.

É infelizmente um traço comum nos processos de adjudicação e que precisa ser combatido, mas, em certa medida, é mister que se identifique; pode-se dizer que a própria complexidade dos processos de contratação pública dá azo à ocorrência de corrupção, ou ao menos cria um campo propício a ela. Isso porque a complexidade e a difícil acessibilidade aos processos de adjudicação geram uma natural redução de concorrência devido a uma tendencial concentração em empresas que já possuem o

know-how técnico para a prática destes processos, tecnicamente complexos, propiciando-se assim que entre essas empresas possa ocorrer o conluio, uma vez engrenada a comunicação e criado entre elas um suficiente ambiente de intimidade²¹.

Irônica a conclusão já que um dos objetivos primordiais da concorrência pública é a ampliação da competição ou princípio da competitividade. De fato, o é, e evidentemente caso alcançado este objetivo fica realmente dificultada a prática de conluio.

A ampliação da competição, portanto, é um primordial elemento para o combate ao conluio e a combate por assim dizer da criação de um ambiente propício ao processo de associação diferencial nas contratações públicas, devendo as regras pautarem-se nisso sob pena de o procedimento sucumbir à desenfreada prática de corrupção em prejuízo do dinheiro público.

Perceba-se, aliás, em outra vertente, como é possível se criar um ambiente de comunicação absolutamente propício para o processo de aprendizado da prática criminosa, pela via do conluio, nos crimes de corrupção praticados nos processos de contratações públicas, inserindo-se a referida prática como uma luva dentro da Teoria da Associação Diferencial.

Retiram-se, em Portugal, do chamado “Guia de Boas Práticas sobre o Combate ao Conluio na Contratação Pública”, da Autoridade da Concorrência (AdC), que as próprias características do mercado, por vezes, constituem facilitadores para as práticas de conluio. Alguns desses aspectos ocorrem, por exemplo, no caso de produtos de tamanha simplicidade ou homogeneidade, produtos comuns cuja diferenciação de qualidade de um fornecedor para o outro é praticamente nenhuma. Nesses casos o conluio fica ainda facilitado, haja vista que a comunicação entre os agentes para que se combinem entre eles práticas vedadas pela lei e que prejudicam a efetiva competição é muito menos complexa, já que todos os produtos são praticamente iguais, diferenciando-se apenas quanto ao preço. É dizer, o próprio mercado cria um ambiente estável para a prática do conluio.

Outro problema sutil tem a ver com o aumento artificial da transparência entre os concorrentes que, justificadamente, com o intercâmbio

de informações estratégicas, acabam por facilitar uma coordenação de comportamento concorrencial das empresas e assim, pela via do conluio entre elas, provocar efeitos restritivos da efetiva concorrência, onerando o Estado com compras mais caras. Em suma, empresas trocam informações sobre o comportamento futuro em matéria de fixação de preços e estoque de produtos, somente isso já a constituir um elemento catalisador do processo de conluio²².

Perceba-se, nos exemplos dados, que o elemento central da prática do conluio é a comunicação, razão pela qual é, ao nosso ver, evidente a aproximação da Teoria da Associação Diferencial aos casos de conluio para corrupção em contratações públicas. Isso porque se trata primordialmente, como vimos, de uma teoria comunicativa, em que a conduta criminosa é aprendida por um processo comunicativo por meio do qual se transferem, de pessoas para pessoas, os elementos tanto objetivos quanto subjetivos da prática criminal, capazes esses elementos de incitar a prática de crimes por novos agentes criminosos influenciados pela existência de definições favoráveis à prática dos crimes (códigos legais), no caso específico, do conluio em processos de adjudicação.

Conclusão

É de se concluir que a Teoria da Associação Diferencial, de Edwin Sutherland, constitui importante marco teórico para a análise de comportamentos criminosos ainda nos dias de hoje.

Mais ainda, a referida teoria se amolda e contribui sobremaneira para a análise dos comportamentos dos crimes de “colarinho branco” e por essa razão irá se amoldar perfeitamente na análise dos crimes de corrupção praticados pela via do conluio no bojo de procedimentos de contratação pública.

As elementares da comunicação, fundamentais para a Teoria da Associação Diferencial, demonstra-se, são também decisivas para a prática do conluio em procedimentos da adjudicação e contribuem para explicar tanto o comportamento em questão dos criminosos como a escolha do agente pela prática do delito. Como vimos é uma escolha

baseada nos chamados códigos legais, em que o agente verifica a existência de mais definições favoráveis à prática do crime do que definições desfavoráveis a estes.

E essa conclusão, de que o crime compensa, se dá por um processo comunicativo, comparado com uma espécie de ensino-aprendizagem, por meio do qual os ensinamentos dos aspectos objetivo e subjetivo são repassados comunicativamente de pessoa para pessoa, seja no que tange às técnicas para a prática do conluio, seja no que se refere às autojustificações racionais para a sua prática.

Em fim, prova a teoria de Sutherland que há crimes para os quais o móvel orientador da prática delituosa nada tem a ver com aspectos sociais de exclusão ou com características pessoais do agente; de outro lado, para tais crimes, importa sim a existência de “desorganização social” (que não se confunde com exclusão social) e um aspecto intrínseco de “conflito cultural” social como pano de fundo para um processo de aprendizagem comunicativa de técnicas criminosas (condutas), e mais, de uma autojustificação racional (motivos), esta última lastreada na existência de mais definições favoráveis do que desfavoráveis à prática dos crimes, isto é, na ideia de que o crime compensa.

O conluio na prática de corrupção e quebra de concorrência em processos de contratação pública, portanto, se encaixa perfeitamente neste tipo de delito.

Notas

1. Artigo inédito escrito em Lisboa, para o contexto europeu, em 2021.
2. Marcelo Quentin. É juiz de direito e juiz eleitoral no estado do Paraná; graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); mestrando em ciências jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL); formador de magistrados credenciado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM); membro eleito do Comitê Gestor de Gestão de Pessoas do TJPR; atuou como juiz auxiliar da presidência do TRE/PR na coordenação do processo da biometria; é coordenador e professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP) no curso de pós-graduação e nos preparatórios para concursos públicos; professor da graduação e pós-graduação em Direito em diversas instituições; além de professor em preparatórios para concursos públicos;

- professor ainda na Academia de Direito Centro Europeu/PR e na Unipública Escola de Gestão Pública/PR; é consultor científico da Editora Appris; foi técnico judiciário e assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), onde atuou em diversas funções da Administração Pública como pregoeiro, presidente e membro de comissões de licitação, comissões de julgamento, defensor em processos administrativos disciplinares, secretário de câmaras do TJPR, entre outros; é autor e palestrante nas áreas do Direito e Concursos Públicos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5987128303452717>
3. Um giro pelo mundo das licitações: Portugal em foco. Artigo disponível em: <http://www.inclublicita.com.br/um-giro-pelo-mundo-das-licitacoes-portugal-em-foco/>. Acesso em dezembro de 2020.
 4. Cf. SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de Criminologia*. Tradução de Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949. p. 10.
 5. Cf. TARDE, Gabriel de: *The laws of imitation*. Tradução Franklin H. Giddings. New York: Henry Holt and Company, 1903.
 6. Cf. ARAUJO, Fernanda Carolina de: *A Teoria Criminológica do Labeling Approach e as Medidas Socioeducativas*. 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256/publico/fernanda_final_em_PDF.pdf. Consulta em dezembro de 2020.
 7. Cf. FRANÇA, Leandro Aires: *A criminalidade de colarinho-branco: a proposição teórica de Edwin Hardin Sutherland*. 2002. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6172841.pdf>. Consulta em dezembro de 2020.
 8. Cf. COSTA, Natália Araujo. Considerações sobre a Teoria da Associação Diferencial. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4731, 14 jun. 2016 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49704>. Acesso em: 12 dez. 2020.
 9. SHECAIRA, S. S. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 198.
 10. SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de Criminologia*. *op. cit.* p. 11.
 11. SOARES, Orlando: *Criminologia*. 1a. ed. Rio de Janeiro: Freiras Bastos, 1986. p. 270.
 12. GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Princípios de Criminologia*. 2a. ed. Valencia: Tirant lo Blanck, 2001. p. 75.
 13. SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de Criminologia*. *op. cit.* p. 12 e seguintes.
 14. VERAS, Ryanna Pala: *Nova criminologia e os crimes do colarinho branco*. 1a. ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes Ltda., 2010. p. 38.
 15. Cf. FERRO, Ana Luiza Almeida: *Sutherland: a teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco*. *De Jure*: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 11, jul./dez. 2008. p. 143.
 16. SUTHERLAND, E. H.; CRESSEY, D. R. *Principles of criminology*. 7th ed. Philadelphia: J. B. Lippincott, 1966. P. 82.
 17. SHECAIRA, S. S. *Criminologia*. *op. cit.* p. 194.
 18. BERGALLI, Roberto. *Perspectiva sociológicas: desarrollos ulteriores*. In: _____;

- BUSTOS RAMIREZ, Juan; MIRALLES, Tereza. *El Pensamiento Criminológico. Un análisis crítico*. Bogotá: Temis, 1983. v. 1. p. 118.
19. SUTHERLAND, E. H.; CRESSEY, D. R.; LUCKENBILL, D. F. *Principles of criminology*. 11 ed. New York: General Hall, 1992. p. 90.
20. Cf. SAMPAIO, Raquel. *Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública*. In. Estudos de Contratação Pública, vol. IV, Coimbra editora. 2008. p. 47.
21. Nesse ponto, conferir: ESTOMINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um olhar português*. Almedina. 2006. p. 54.
22. CAMACHO, Cristina. *Práticas Restritivas da Concorrência na Contratação Pública: A intervenção da autoridade da concorrência*. In. A Contratação Pública e Concorrência. Almedina. 2013. p. 52.

Referências

- ARAUJO, Fernanda Carolina de. *A Teoria Criminológica do Labeling Approach e as Medidas Socioeducativas*. 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256/publico/fernanda_final_em_PDF.pdf. Consulta em dezembro de 2020.
- BERGALLI, Roberto. *Perspectiva sociológicas: desarrollos ulteriores*. In: _____; BUSTOS RAMIREZ, Juan; MIRALLES, Tereza. *El Pensamiento Criminológico. Un análisis crítico*. Bogotá: Temis, 1983.
- CAMACHO, Cristina. *Práticas restritivas da concorrência na contratação pública: a intervenção da autoridade da concorrência*. In. A Contratação Pública e Concorrência. Almedina. 2013.
- COSTA, Natália Araujo. Considerações sobre a teoria da associação diferencial. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4731, 14 jun. 2016 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49704>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- ESTOMINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um olhar português*. Almedina. 2006.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. Sutherland: a teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 11, jul./dez. 2008.
- FRANÇA, Leandro Aires. *A criminalidade de colarinho-branco: a proposição teórica de Edwin Hardin Sutherland*. 2002. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6172841.pdf>.
- GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Princípios de Criminología*. 2a. ed. Valencia: Tirant lo Blanck, 2001.
- SAMPAIO, Raquel. *Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública*. In. Estudos de Contratação Pública, vol. IV, Coimbra editora. 2008.

- SHECAIRA, S. S. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SOARES, Orlando: *Criminologia*. 1a. ed. Rio de Janeiro: Freiras Bastos, 1986.
- SUTHERLAND, E. H.; CRESSEY, D. R. *Principles of criminology*. 7th ed. Philadelphia: J. B. Lippincott, 1966.
- _____. CRESSEY, D. R.; LUCKENBILL, D. F. *Principles of criminology*. 11. ed. New York: General Hall, 1992.
- _____. *Princípios de criminologia*. Tradução de Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949.
- TARDE, Gabriel de. *The laws of imitation*. Tradução Franklin H. Giddings. New York: Henry Holt and Company, 1903.
- VERAS, Ryanna Pala. *Nova criminologia e os crimes do colarinho branco*. 1a. ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes Ltda., 2010.

Constituição mundial – Utopia?

Larissa Lutiana Friza de Vasconcelos¹

Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade Autónoma de Lisboa – UAL

Resumo: Este trabalho pretende analisar, sob o viés do universalismo, relativismo, multiculturalismo e transconstitucionalismo, a possibilidade teórica e/ou prática da implementação de eventual Constituição mundial. Objetiva-se compreender as teorias ora mencionadas a fim de que seja possível a realização das diferenciações entre elas pelo leitor. Para tanto, no primeiro capítulo será estudado de que forma o fator cultural se correlaciona com o relativismo e o porquê, sob o ponto de vista desta teoria, de não se poder falar em uma constituição mundial, sob pena de imposição de valores. No segundo capítulo, será analisada a corrente filosófica que se mostra contrária aos relativistas, qual seja, aquela que preconiza o universalismo no que diz respeito aos direitos humanos por dizerem respeito ao mínimo existencial e, para tanto, tal teoria não leva em consideração o fator cultural de cada sociedade, de modo que, segundo estes, a imposição de uma eventual constituição mundial poderia ser possível. Por fim, no terceiro e último capítulo serão analisados o multiculturalismo e a teoria do transconstitucionalismo, bem como abordar-se-á pontos de aplicação do diálogo entre as constituições brasileira e portuguesa.

Introdução

NA ATUAL CONJUNTURA da sociedade moderna, observa-se a crescente onda de globalização, bem como a tendência de buscas por decisões relativamente parecidas, tanto no plano nacional quanto no internacional. Tais assuntos trazem à tona a indagação: Será possível que, futuramente, o mundo esteja tão conectado a ponto de se falar em uma Constituição mundial? Seria utopia? Os questionamentos aqui postos serão respondidos de acordo com a teoria adotada.

Quando se pensa em universalismo, entende-se que se trata de uma teoria que defende a aplicação e uniformização, em nível mundial, das questões referentes aos direitos humanos. Logo, tem-se que, independentemente da sociedade e da cultura na qual um determinado indivíduo esteja inserido, deverá ser garantido um mínimo existencial para que aquela pessoa, enquanto ser humano, possa sobreviver com o mínimo de dignidade possível. Para os defensores desta corrente, o elemento cultural não deve ser levado em consideração, motivo pelo qual seria possível a existência de uma constituição mundial que versasse acerca dos direitos humanos.

De modo contrário, os relativistas entendem que não se pode falar em direitos universais, sob pena de imposição de pensamentos e culturas, especialmente do Ocidente ao Oriente. Logo, o elemento cultural deve ser levado em consideração, uma vez que cultura e sociedade coexistem. Assim, os direitos humanos seriam criados de acordo com os costumes e com a cultura pregada por determinada sociedade. Portanto, não há que se falar em constituição mundial, sob pena de imposição de uma sociedade a outra.

Por fim, o multiculturalismo entende que é possível a coexistência de diversas culturas dentro de um único país, de modo que todas devem ser respeitadas. Assim, o transconstitucionalismo tem como escopo a conversação, isto é, o diálogo entre ordenamentos jurídicos distintos, a fim de se chegar a um denominador comum entre os diversos países.

Dito isto, impende ressaltar que o presente estudo tem como objetivo principal a resposta do seguinte problema de pesquisa: a aplicação de uma constituição mundial seria utopia?

Com base neste questionamento, este trabalho tem como finalidade secundária a elucidação das questões norteadoras expostas nos títulos de cada parte do estudo.

Quanto à metodologia, baseou-se nos tipos de pesquisa bibliográfica, documental e empírica, utilizando-se, respectivamente, de livros e leis. Frise-se que o foco se deu na análise bibliográfica, feita em grande medida pela extensão do estudo. Além disso, ressalte-se que o tipo de análise aplicada foi a qualitativa, baseando-se, eminentemente, em teorias. Por fim, empregou-se o método dedutivo, partindo-se da teoria geral para os casos concretos.

1. O fator cultural e o relativismo: a (im)possibilidade de imposição de uma constituição mundial

Inicialmente, gostaríamos de ressaltar que o presente artigo não tem intenção de ser taxativo, mas tão somente abrir o debate no tocante as (im)possibilidades de aplicação de eventual constituição mundial, visando principalmente a unidade na proteção dos direitos transindividuais e direitos humanos a nível global, como forma de proteção da dignidade da pessoa humana.

É cediço que quando se menciona uma possível constituição mundial muitas indagações vêm à tona, tais como:

- a) Seria viável mesmo com a existência de diversas culturas existentes entre si?
- b) Funcionaria como regra geral para todos os países e no que tange aos direitos específicos ou haveria constituição própria?
- c) Seria igual ou similar à União Europeia que temos atualmente?
- d) Se a ONU possui o papel de fiscalizar os países, então uma eventual constituição mundial seria elaborada por tal instituição?
- e) Os direitos humanos já não podem ser considerados como uma espécie de Constituição Global?

Tais perguntas são apenas algumas das quais se poderia imaginar e que se pretende responder neste estudo, daí por que ressaltamos a ausência de intenção de nosso conteúdo ser taxativo ou exaustivo.

Nessa senda, partiremos à resposta da primeira indagação que fora exposta outrora: Seria viável a implementação de uma constituição mundial mesmo em culturas diferentes? Neste ponto, há que se expor alguns conceitos básicos acerca do tema cultura e, a partir de então, realizar a persecução de uma resposta minimamente satisfatória, mas que não possui o condão de esgotar todos os debates acerca de tal temática.

Primeiramente, antes de analisar cultura e direito de maneira conjunta, faz-se necessário entender que aquela possui diversos conceitos, o que acaba por tornar árduo e até mesmo impossível o alcance de apenas um conceito geral e aplicável a tudo e a todos. Dito isto, dividiremos a concepção de cultura em duas, a saber: a universalista e a particularista.

Segundo Tylor², que defende a primeira teoria (universalista), a cultura poderia ser conceituada como um conjunto de *conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade*. Portanto, entende-se que apenas haveria cultura se houvesse sociedade, isto é, a junção de pelo menos dois indivíduos.

De outra banda, para Boas³, defensor da antropologia cultural e pai da antropologia americana, a cultura é resultado de uma construção do contexto e da história em que os indivíduos estejam inseridos, logo, não há apenas uma cultura, mas culturas plurais e múltiplas que variam de acordo com a sociedade em análise.

Canedo⁴ afirma que a cultura possui, pelo menos, três formas de interpretação: os modos de vida; as obras e práticas da arte, da atividade intelectual e do entretenimento; e o fator de desenvolvimento humano. Portanto, a junção de tais conceitos resultaria na cultura. Nesse ínterim, não há que se falar em cultura como sendo um ramo isolado; ao contrário, ela possui íntima ligação aos demais.

Neste ponto, cumpre trazer à baila o entendimento de Filho⁵, que, sendo professor de Direito Cultural pela Unifor, possui propriedade intelectual para abordar tal temática. O referido autor afirma que, enquanto existir discussão acerca de qual dos ramos (direito ou cultura) precede o outro (utilizando-se frases como: *a cultura dá origem ao di-*

reito ou este dá origem àquela? ou ainda o que surgiu primeiro, o direito ou a cultura?)) haverá estagnação no que diz respeito ao avanço da matriz da questão, que seria, segundo ele, a interligação entre ambos.

Ainda se utilizando do pensamento do ilustre professor, onde há direito, há sociedade e onde há esta, há cultura, portanto, um está intrinsecamente ligado e correlacionado ao outro. Dessa forma, não se pode compreender o direito sem a cultura e vice-versa, razão pela qual o jurista chega à conclusão de que ambos requerem a existência de inter-relação entre indivíduos, isto é, pressupõem bilateralidade, o que faz o autor concluir que os dois institutos aqui destacados surgem simultaneamente.

Quando se indaga a viabilidade de criação de uma constituição mundial, pergunta-se, ainda que indiretamente, se ela seria eficaz e passível de aplicação prática. Levando-se em consideração a existência de diversas culturas no mundo contemporâneo, pode-se afirmar que haveria, minimamente, entraves práticos de implementação. Se cultura e direito se correlacionam e coexistem, então as normas (leia-se: regras e princípios) também fazem parte da cultura, isto é, o ordenamento jurídico de um país também pode ser enquadrado no âmbito cultural.

Neste ponto, remonta-se à ideia de que não há norma sem fato, sendo este, portanto, o ponto de partida para a criação da norma. Conclui-se, assim, que o direito acompanha a evolução social e cultural de cada sociedade.

Torna-se crucial a apresentação de divergências culturais que podem ser apontadas e elencadas nos dias atuais, isto é, na sociedade contemporânea. Tomemos como exemplo dois países das Américas: Brasil e Estados Unidos. Apenas no âmbito penal-criminal pode-se citar diversas divergências, tais como: pena de morte (inexistente no Brasil), maioridade (dezoito e dezesseis anos, respectivamente), prisão perpétua (que ocorre apenas nos EUA), porte/posse de arma, entre outros exemplos.

Também é possível correlacionar Brasil e Portugal, desta vez levando-se em consideração o direito constitucional, mais especificamente. O primeiro, apesar de ser colônia histórico-cultural do último, está dentre os países em desenvolvimento e, de modo diverso, este é con-

siderado um país desenvolvido, o que demonstra a clara discrepância entre ambos, tanto economicamente, quanto culturalmente.

Vianna⁶, ao abordar as diferenças entre o direito brasileiro e o português sob a óptica dos direitos fundamentais da pessoa jurídica afirma que a personalidade jurídica brasileira se dá em razão de uma interpretação por analogia do art. 5º, X e XII, da CF/88, isto é, o que se aplica à pessoa física também é aplicável à jurídica. É diferente o direito português já que há expressa previsão constitucional acerca do direito das “pessoas coletivas” no art. 12, nº 2⁷.

Observe-se que a linha de raciocínio seguida até aqui aponta para a elucidação e explanação da teoria do relativismo cultural, o qual prega a manutenção e a observância da pluralidade cultural, com respeito tanto à identidade cultural quanto à diversidade⁸, de tal modo que não se pode falar em direito universal ou único, sendo a cultura fonte tanto do direito como da moral. Logo, segundo os relativistas, não se pode pensar em direitos universais sob pena de imposição de pensamentos e culturas por aqueles que não os vivem e não os entendem.

Assim, partindo desse pensamento, uma constituição mundial seria, sim, utopia. É nesse sentir que Silva e Pereira⁹ afirmam que, do ponto de vista do relativismo, a visão defendida pelos universalistas é vista como uma imposição de valores do Ocidente ao Oriente. Cabe ressaltar aqui que, segundo os autores ora mencionados, grande parte dos defensores da teoria do relativismo cultural está localizada e faz parte, hodiernamente, da cultura oriental, tais como os mulçumanos, por exemplo.

Dessa forma, a imposição de documentos internacionalmente aceitos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não seria aplicável, levando-se em consideração a existência da pluralidade de pensamentos, ideias, moral e cultural existentes tanto no Oriente quanto no Ocidente.

Como é cediço, tal declaração não foi ratificada por grande parte dos países do Oriente Médio e, em razão de não serem signatários, há grandes violações aos direitos humanos sob a ótica da DHDU¹⁰.

Cabe ressaltar, neste ponto, que, apesar de se configurar como violação sob a perspectiva dos signatários, os países orientais não entendem dessa maneira, justamente por considerarem que tal declaração

não pode ser aplicada a eles em razão de não se sentirem representados pelas determinações que ela contém. A título de exemplo, pode-se citar como prática recorrente e que se considera violação aos direitos humanos as seguintes: tortura (art. V, DUDH), pena de morte, desrespeito às minorias religiosas (art. II, 1 e art. XVIII, DUDH), ausência de liberdade de imprensa e também severa discordância quanto aos direitos dos homossexuais (art. II, 1, DUDH).

Acaso fôssemos comparar os relativistas com os universalistas, poderia se afirmar, a título de comparação didática, que aqueles seriam representados pelas regras e estes pelos princípios. Sabe-se que, de acordo com a teoria geral do direito, as regras possuem caráter específico (particular), isto é, aplica-se caso a caso, de acordo com a casuística, e os princípios possuem caráter mais abrangente, podendo haver dois ou mais princípios aplicáveis ao mesmo caso. Assim, os relativistas acreditam na singularidade de cada cultura, e os universalistas não levam este pensamento em consideração.

Ainda se utilizando do pensamento acertado de Silva e Pereira¹¹, os relativistas acusam os universalistas de utilizarem a generalização dos direitos com a finalidade de pregar e expandir interesses de ordem geopolítica, isto é, acreditam que o discurso utilizado tem como escopo o benefício deles próprios.

Luz¹² elenca entre as principais críticas feitas pelos relativistas aos universalistas, as seguintes: visão essencialmente antropocêntrica (o que se contrapõe à ideia cosmoteológica adotada por aqueles); a ligação dos direitos humanos à visão ocidental (em detrimento aos costumes orientais); ausência de particularização de cada indivíduo como seres essencialmente diferentes entre si; a intenção geopolítica por trás da teoria generalizada; e, por fim, a falta de adesão formal por muitos estados, especialmente os de origem e cultura oriental.

Um outro ponto que parece dar destaque ao relativismo diz respeito à adoção da liberdade de autodeterminação. Ora, se os direitos humanos são universais e dentre eles encontra-se a autodeterminação (liber-

Um outro ponto que parece dar destaque ao relativismo diz respeito à adoção da liberdade de autodeterminação

dade de cultural, religiosa, filosófica), isso significa que o fator cultural deve ser respeitado¹³.

Bobbio¹⁴ ao defender a teoria relativista afirma que os direitos são resultados de construções históricas, podendo variar de acordo com a sociedade e a época em que se vive. Isto é, as manifestações sociais criam direitos e estes, por sua vez, referem-se ao homem enquanto sujeito. Nessa toada, um grande exemplo prático que se pode trazer à tona seria a conquista do direito ao voto feminino, hoje entendido como direito fundamental, mas que em épocas remotas não o era.

2. Os universalistas e a possibilidade de aplicação de uma constituição mundial

No que diz respeito à teoria universalista, cumpre salientar que tem como escopo, dentre outros, a uniformização dos direitos humanos em torno do mundo, a fim de internacionalizar as questões que abordem tal temática. Ocorre que, diferentemente dos relativistas, não há espaço filosófico para a implementação de acordo com os modelos culturais, morais e/ou ideológicos de cada sociedade, o que acaba por evidenciar um caráter de imposição, ainda que indiretamente.

Comparato¹⁵, ao defender a aplicação universal dos direitos humanos, traz à tona o exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Afirma que há disposições que garantem a própria existência humana e os direitos inerentes a ela. Então, se ao criar o Estado, o homem abdicou parcialmente de seu poder enquanto cidadão, a proteção à humanidade deve preceder tal instituição, enquanto representante da vontade do povo.

Observe-se que os universalistas defendem a concepção de que para a aplicação de direitos inatos basta a condição de ser humano, de tal modo que o fator cultural não é relevante para tal corrente filosófica. Entendem que os direitos humanos são universais e devem atingir a todos. Entretanto, ao excluir a cultura, tem-se uma linha tênue entre a promoção dos direitos inatos e uma imposição feita especialmente pelo Ocidente ao Oriente¹⁶, como mencionado alhures.

Ocorre que, sendo a religião, a cultura e a moral direitos fundamentais previstos tanto na Constituição brasileira quanto na portuguesa, entende-se que não são passíveis de exclusão ou de abdicação, de modo que devem ser levados em consideração sob a ótica da corrente universalista. Faz-se mister, ainda, mencionar o art. 2º da Constituição portuguesa¹⁷ que prevê a democracia cultural como base do país lusitano, bem como o art. 9º que preconiza fatores culturais como tarefas do Estado.

Ora, se direitos fundamentais (plano interno) são também direitos humanos (plano externo), não há que se falar em aplicação da DUDH¹⁸ em detrimento do elemento cultural, já que ambos possuem o mesmo peso, isto é, a mesma grandeza dentro do ordenamento jurídico.

É nesse sentido que Silva, Júnior e Pego¹⁹ afirmam que tanto o Brasil quanto Portugal entendem que, uma vez recepcionados por suas respectivas constituições, os direitos humanos adquirem status de norma constitucional e, caso acolhidos por leis ordinárias, passam a ter característica infraconstitucional.

Cabe mencionar ainda a correlação entre direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana, que é adotado pelos defensores do universalismo. Assim, conforme afirma Luz, a dignidade da pessoa humana tem ligação com os direitos inerentes a ela, isto é, os direitos humanos, os quais podem ser entendidos como componentes do mínimo ético irredutível necessário à sobrevivência com dignidade. Assim, o fundamento principiológico da teoria aqui abordada também se trata de um fundamento da República Federativa do Brasil²⁰ (art. 1º, III, CF/88).

Um ponto que merece destaque na teoria universalista diz respeito à linha tênue entre cultura, costumes, tradições e o desrespeito à pessoa na condição de humana. Alguns defensores dessa teoria alegam que determinados países justificam agressões a direitos sob o argumento da cultura, o que acaba por minimizar o indivíduo enquanto sujeito de direito, razão pela qual o *mínimo existencial* deveria ser igual para todos os povos e países, independentemente do que é ditado pelo elemento cultural.

Percebe-se que o relativismo prega de maneira mais acentuada a importância da coletividade (cultura) em detrimento do pessoal (indi-

vidualidade), enquanto que o universalismo faz exatamente o caminho contrário²¹. Não há equilíbrio entre os dois extremos aqui abordados.

De Paula²², ao apresentar exemplo prático da fragilidade da teoria relativista, afirma que o procedimento de clitorectomia (popularmente conhecida como mutilação genital feminina) faz parte da cultura de alguns países orientais e, por conta disso, não poderia ser objeto de restrições em razão da existência de direitos impostos pelos países ocidentais. Ocorre que o fator cultural se sobrepõe à liberdade de escolha de cada mulher, de modo que o autor afirma que se exige que o Ocidente respeite o seu modo de viver e pensar, mas que os próprios relativistas impõem valores ao seu próprio povo, a exemplo da clitorectomia que consiste na retirada do clitóris.

Assim, do ponto de vista do universalismo, a aplicação de uma constituição mundial que versasse sobre direitos humanos seria possível e plenamente aceitável, uma vez que, em tese, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)²³ e a Declaração de Viena (1993)²⁴ seriam os primeiros passos para o que se consideraria uma uniformização acerca dos direitos inerentes à pessoa humana.

Saliente-se, neste ponto, que não se pode comparar a atual União Europeia com a eventual criação de uma constituição mundial. Primeiro porque a UE é uma união político-econômica formada por 28 países membros que mantêm resguardadas as suas soberanias e autonomias, isto é, as deliberações, tratados e acordos podem ou não ser aceitos pelos integrantes, havendo liberdade de escolha. Já uma constituição mundial seria mais ampla e teria como escopo a cooperação de todos os países existentes, sejam eles do Oriente ou do Ocidente, e versaria sobre direitos humanos, a fim de que todo e qualquer indivíduo tenha assegurado o mínimo existencial para sobreviver e viver com dignidade e respeito à sua condição enquanto pessoa.

3. Multiculturalismo e transconstitucionalismo

No multiculturalismo, segundo Reis²⁵, há a convivência e coexistência de diversas culturas e tradições, o que acaba por dar espaço a

diferentes visões, tradições e valores no seio de uma determinada sociedade. Pode-se afirmar que o multiculturalismo é pluralista pois admite a existência de pensamentos diferentes. Nesse sentido, tanto o Brasil quanto Portugal possuem previsões legais acerca da existência do multiculturalismo e pluralismo político. O país pertencente à América do Sul o menciona como fundamento da República Federativa do Brasil no seu art. 1º, V, CF/88. Já o país luso tem sua previsão no art. 3º da sua Constituição.

Obviamente, quando se fala em multiculturalismo e pluralismo não há espaço para a existência de um pensamento único e fechado acerca de qualquer temática. O debate e o diálogo são a base filosófica dessa corrente. Entretanto, Reis²⁶ afirma que o multiculturalismo pode ser abordado tanto sob a perspectiva do relativismo quanto do universalismo. No viés relativo, tudo seria correto e aceito, exceto a existência de direitos humanos universais, de modo que a proteção internacional de tais direitos seria equiparada à imposição cultural, não sendo aceitável. Já na abordagem universal, em que pese a possibilidade de existência de diversas ideias e opiniões, haveria que se estabelecer um denominador comum, sendo este referente e inerente aos direitos humanos universais.

Feita a abordagem acerca do multiculturalismo, faz-se imprescindível a análise e correlação com o transconstitucionalismo. Contudo, antes de adentrar nesta seara, cumpre esclarecer o conceito de constitucionalismo, que nada mais é do que a Constituição como elemento normativo principal dentro de cada ordenamento jurídico (estando limitado aos problemas internos de cada país)²⁷. Logo, segundo a teoria de Kelsen, ocuparia o topo da pirâmide de modo a irradiar princípios e direitos fundamentais que deveriam ser respeitados pelas demais normas (leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, resoluções etc.), sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

Dito isto e buscando ultrapassar os limites internos do constitucionalismo, Marcelo Neves criou a teoria do transconstitucionalismo que, de acordo com Rocha²⁸, trata-se de *diálogo entre ordens constitucionais*, de modo que a constituição não se delimitaria aos limites físicos (leia-se: territoriais) de um determinado estado enquanto ente soberano, mas ultrapassaria as fronteiras internas com o intuito de aproximação e

até mesmo de entrelaçamento do ponto de vista jurídico-constitucional entre os países propriamente ditos.

Neste sentido, o transconstitucionalismo passou a ser estimulado na sociedade após a segunda grande guerra mundial, momento no qual os órgãos internacionais passaram a assumir posição de destaque no plano internacional, de modo que foram considerados como um foro de discussões e uma sede relativizadora de divergências, buscando, sobretudo, o consenso e a resolução dos problemas ali postos²⁹.

Um ponto em comum tanto do multiculturalismo quanto do transconstitucionalismo diz respeito à possibilidade de diálogo a fim de se chegar a um denominador comum que possa ser aplicado em determinada sociedade. Como dito alhures, os estados, como entes soberanos, buscam outros estados (há, portanto, a comunicação entre ordens constitucionais diferentes) a fim de encontrar solução para problemas em comum.

Cumprе ressaltar que o transconstitucionalismo não se confunde com de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local³⁰, uma vez que, diferentemente destes, busca a manutenção e respeito a cada constituição, conforme mencionado alhures. Assim, segundo Marmelstein³¹, o intuito é que haja diálogo uns com os outros em um *processo constante de aprendizagem*, de modo que não há que se falar em hierarquia entre os sistemas jurídicos (relação verticalizada) e entre as instâncias decisórias.

Pode-se afirmar que o transconstitucionalismo tem como escopo a aproximação com o intuito de proteger os direitos humanos em nível internacional, isto é, global. Entretanto, diferentemente do universalismo, as questões culturais, morais e éticas de cada sociedade seriam respeitadas e levadas em consideração³². Portanto, não se trata de universalismo (isto é, de imposição de pensamentos em detrimento do elemento cultural) nem de relativismo (uma vez que haveria proteção internacional de direitos humanos), sendo a teoria de Marcelo Neves um meio termo entre as duas correntes antes mencionadas.

O transconstitucionalismo não tem a finalidade de imposição de uma constituição mundial ou única para todos os países do globo terrestre (leia-se: unidade constitucional)³³. Ao contrário, prevê que

cada estado, como ente soberano, possua sua própria constituição e que os eventuais problemas em nível constitucional sejam debatidos entre os países para que se possa alcançar uma solução de nível global³⁴, evitando, com isso, a existência de decisões diversas e conflitantes nos tribunais constitucionais espalhados ao redor do mundo, tais como o Supremo Tribunal Federal (Brasil), o Tribunal Constitucional (Portugal), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (União Europeia), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CADH), o Tribunal Penal Internacional, entre outros.

Junior³⁵ afirma que a conversação entre países distintos pode ocorrer de forma vinculante, isto é, cada país deveria observar e implementar as decisões dos tribunais internacionais e ainda de forma espontânea, isto é, sem necessidade de vinculação. Ora, se o intuito do transconstitucionalismo é justamente o diálogo, não seria viável a imposição de decisões, sob pena de esvair o sentido da teoria em si. Logo, a maneira mais acertada seria o respeito ao que fora estabelecido pelos tribunais internacionais sem que isso se considere uma imposição, ocorrendo, portanto, de maneira voluntária. Segundo Rocha³⁶, *trata-se do reconhecimento da utilidade das experiências alienígenas em nível de racionalização sistêmica*, ou em outras palavras, da utilização das experiências vividas por outros países que poderiam auxiliar na resolução de eventuais conflitos, assegurando, de certa forma, uma espécie de segurança jurídica internacional.

Tanto o Brasil (art. 4º) quanto Portugal (arts. 7º e 8º) possuem previsão, em suas respectivas constituições, acerca da “solução pacífica dos conflitos internacionais”, bem como da “cooperação para o progresso da humanidade”, o que poderia ser considerado a tendência desses dois países para a adoção do transconstitucionalismo, especialmente levando-se em consideração as convenções que ambos mantêm, tais como o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa (2000)³⁷, a Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, destinada a evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento (2001)³⁸, Acordo de Segurança Social entre Portugal e Brasil (1995)³⁹, entre outros.

De mais a mais Santos⁴⁰ elenca alguns exemplos de aplicação do transconstitucionalismo:

a) O primeiro deles é a relação entre ordens estatais que, segundo a autora, ocorre quando há um assunto comum a dois estados distintos, de modo que cada um possui uma regulamentação. Nesse sentido, Santos menciona que o Supremo Tribunal Federal tem adotado e implementado gradualmente teses constantes em decisões de tribunais constitucionais estrangeiros, como ocorreu no julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADF) n. 132⁴¹, que tratou acerca da união homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico.

b) O segundo exemplo mencionado por Santos é a relação entre direito estatal e direito supranacional. Afirma que a única organização supranacional que persiste nos dias atuais é a União Europeia, de modo que a relação mencionada alhures é entre União Europeia e seus Estados-membros, existindo força vinculante das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

c) O terceiro exemplo, ainda de acordo com a autora, refere-se às relações entre direito supranacional e direito internacional, da qual se poderia citar o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e a União Europeia. Afirma Santos que esta não é membro do sistema europeu de direitos humanos, possuindo autonomia. Apesar disso, a Corte Europeia de Direitos Humanos busca o reconhecimento de sua competência para controlar atos e normas referentes à UE. Assim, a relação entre TEDH e a UE configura claro exemplo de transconstitucionalismo.

d) O quarto caso seria a relação entre direito estatal e ordens locais extraestatais. Para a compreensão dessa relação, faz-se mister a conceituação de *ordens locais extraestatais*, as quais, segundo Santos⁴², seriam aqueles grupos nativos que possuem pensamentos e costumes próprios que, algumas vezes, estão em desacordo com o texto constitucional e com os direitos humanos. Como exemplo prático é mencionada a Constituição boliviana que confere direitos aos povos indígenas, tais como autonomia, autogoverno e autoadministração.

e) Por fim, a jurista traz o quinto e último exemplo de aplicação do transconstitucionalismo, que seria a relação entre direito estatal e direi-

to internacional público. Neste caso a autora menciona a insuficiência da constituição para tratativa de interesse que ultrapassem os limites nacionais e afirma que é preciso estabelecer uma ponte entre direito internacional público e direito interno, com o intuito de permitir e viabilizar a conversação entre eles. Como caso prático, Silva traz à baila o exemplo da Argentina, onde a Corte Suprema de Justiça e da Nação (CSJN) possui o entendimento de que as decisões prolatadas pela Corte Interamericana devem servir como referencial teórico e de interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, ainda que se trate de casos nos quais a Argentina não faça parte.

Também a título de exemplo é possível mencionar a transconstitucionalidade dos direitos políticos entre Brasil e Portugal. Born⁴³ afirma que o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta⁴⁴ entre a República Federativa do Brasil (art. 14, § 2º e 12, CF/88) e a República Portuguesa (art. 15º, 3) permite que os direitos políticos previstos na Constituição portuguesa sejam

exercidos pelos cidadãos portugueses com domicílio permanente no Brasil e que os cidadãos dos Estados de Língua Portuguesa exerçam direitos políticos em Portugal. Tal hipótese constitucional trata-se, claramente, de transconstitucionalismo, pois, ao haver previsão recíproca quanto aos direitos políticos, ambas as constituições dialogam entre si.

Cumprе salientar, neste ponto, que enquanto Portugal privilegia a todos os países de língua portuguesa (Brasil, Angola, Timor-Leste, Cabo Verde, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe, Moçambique e Guiné Equatorial), o Brasil prevê apenas a redução do tempo requerido para a naturalização, de modo que não há previsão de titularidade ou do exercício de direitos políticos pelos portugueses, segundo Born.

Além disso, Born menciona que o pedido para concessão de tais direitos pode ser requerido por procurador com poderes especiais em

O transconstitucionalismo prevê que cada estado, como ente soberano, possua sua própria constituição e que os eventuais problemas em nível constitucional sejam debatidos entre os países para que se possa alcançar uma solução de nível global

Portugal, enquanto que no Brasil trata-se de ato personalíssimo, isto é, apenas pessoalmente. Também se faz imprescindível a menção acerca do lugar de exercícios dos direitos ora mencionados: em Portugal os brasileiros somente podem ser elegíveis para cargos de autarquia, enquanto no Brasil há divergência acerca da natureza jurídica dos municípios (se são ou não entes federativos).

Em que pese a existência de algumas divergências, Born⁴⁵ afirma que ambos os países vedam o acesso de estrangeiros a cargos eletivos de Presidente da República, Presidente da Câmara ou do Senado Brasileiro e Assembleia Portuguesa.

Observe-se que, apesar de se tratar de dois países que fazem parte de blocos econômicos diferentes (Mercosul e UE), o fenômeno da transconstitucionalidade está presente entre ambos, uma vez que as respectivas constituições possuem previsões que se comunicam e se complementam entre si, havendo correlação no que tange aos direitos políticos de ambas.

De Paula⁴⁶, ao analisar a teoria do transconstitucionalismo, afirma que ela pode ser passível de entraves à aplicação prática, de modo que o autor levanta o seguinte questionamento: como convencer uma Corte Suprema de que a decisão “x” ou “y” será melhor que a sua? Aparentemente, não há uma solução para tal indagação e segue De Paula afirmando que a teoria seria utópica ao propor que os estados abram mão de sua supremacia em prol dos direitos humanos.

Trata-se, portanto, da soberania dos países, bem como de questões políticas, econômico-financeiras e até mesmo culturais. Chega-se até a imaginar como ficaria a imagem de um estado, enquanto ente soberano e independente, acaso substituísse a sua vontade pela decisão de um Corte Interamericana, por exemplo? Em termos políticos, essa substituição não poderia fragilizar a imagem internacional e global de determinado país? Por essas e outras questões que De Paula⁴⁷ chega a afirmar que *o transconstitucionalismo não traz uma solução para a questão da Supremacia do interesse mundial sobre o interesse estatal individual*, tecendo duras críticas acerca da aplicação prática de tal teoria.

Ademais, o autor indaga acerca de eventuais sanções em caso de descumprimento. Afirma ele que, por se tratarem de sanções eminen-

temente políticas, não teriam a coercitividade necessária para obrigar um país a obedecer determinada norma ou decisão proferida outrora. De Paula traz à tona o exemplo da ONU, que apesar de possuir um tribunal internacional não possui autoridade para obrigar ou pressionar o cumprimento de suas decisões.

Conclusão

Quanto ao primeiro tópico aqui abordado, pode-se demonstrar de que maneira é compreendida a teoria universalista, bem como seu pensamento filosófico e o ponto de vista defendido. Os universalistas têm uma concepção antropocêntrica, de tal modo que a defesa ao ser humano, enquanto sujeito de direitos, é colocada acima de qualquer coisa, inclusive dos fatores culturais a que eles estão submetidos.

Já no que concerne ao segundo tópico, foi possível a melhor compreensão acerca do pensamento relativista, o qual entende que a cultura é um elemento que compõe a sociedade e, portanto, o homem. O fator cultura está intrinsecamente ligado à pessoa humana, sendo considerado, inclusive, como um direito fundamental. Diante disso, não se pode impor pensamentos sem levar em consideração o ambiente no qual o indivíduo está inserido.

Por derradeiro, no terceiro e último tópico apresentou-se o multiculturalismo e o transconstitucionalismo, os quais possuem pontos de convergência entre si. Ambos entendem que o elemento cultural deve ser levado em consideração e que o diálogo e a conversação entre os ordenamentos jurídicos seriam a melhor maneira de conexão entre os diversos países.

Chegou-se à conclusão de que o universalismo e o relativismo são teorias que não podem ser implementadas integralmente por faltar elementos que as sustentem. Portanto, entende-se que a criação de uma Constituição Mundial seria inviável, de modo que cada estado, enquanto ente soberano, deveria possuir sua própria constituição (que seria plenamente aplicável no plano interno) e buscar a integração e uniformização das decisões acerca dos direitos humanos com outros ordenamentos jurídicos (no plano externo).

Fontes jurisprudenciais

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 04/04/2020.

Fontes normativas

Acordo de Seguridade Social ou Segurança Social entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, de 7 de maio de 1991. [Em linha]. (17-04-1995). (Consult. 25 abril 2020). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1457.htm.

Constituição da República Federativa do Brasil. [Em linha]. (22-09-1988). (Consult. 05 maio 2020). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Constituição da República Portuguesa. Assembleia da República. [Em linha]. (10-04-1976). (Consult. 15 maio 2020). Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa Destinada a Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento. [Em linha]. (13-11-2001). (Consult. 25 abril 2020). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D4012.htm.

Declaração e Programa de Ação de Viena. [Em linha]. (25-06-1933). (Consult. 20 maio 2020). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nações Unidas Brasil. [Em linha]. (10-12-1976). (Consult. 10 maio 2020). Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.

Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa. [Em linha]. (22/04/2020). (Consult. 30 abril 2020). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3927.htm.

Notas

1. Larissa Lutiana Friza de Vasconcelos. Possui graduação em Direito pela Universidade da Amazônia (2008). Tem experiência de 10 anos na área de Direito, com ênfase em Direito Civil. Atualmente mestranda em Ciências Jurídicas, na Universidade Autônoma de Lisboa – UAL e advogada interna na multinacional White Martins Gases Industriais Ltda (LINDE PLC).

2. TYLOR, Edward Burnett – *Primitive Culture*, [sl]: [sn], 1871. Vol. 1. Cap.1, p.1.
3. BOAS, Franz – *El arte primitivo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1947, p. 07.
4. CANEDO, Daniele – “Cultura é o quê?” – Reflexões sobre o conceito de cultura e a atuação dos poderes públicos. 2009. In VENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. Faculdade de Comunicação/UFBa, Salvador-Bahia-Brasil. Disponível em: http://www.academia.edu/download/60771835/SOCIO_Cultura20191002-99147-1dmufwk.pdf. [Consult. 26 maio 2020].
5. FILHO, Francisco Humberto cunha. *A relação entre cultura e direito: mitos e fatos*. Disponível em: <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/322/o/Artigo10.pdf?1453825563>. [Consult. 27 maio 2020].
6. VIANNA, Natasha Ribeiro. *Direito Fundamentais da Pessoa Jurídica. Um estudo de Direito Comparado*. [Em linha]. Rio de Janeiro: [sn], 2010. Dissertação de Mestrado. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17013/17013_1.PDF. [Consult. 23 maio 2020].
7. Constituição da República Portuguesa. Assembleia da República. [Em linha]. (10-04-1976). Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. [Consult. 15 maio 2020].
8. SILVA, Marília Ferreira; PEREIRA, Erick Wilson. *Universalismo x Relativismo: um entrave cultural ao projeto de humanização social*. 2013. XXII Congresso Nacional Conpedi/Uninove – Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do direito na contemporaneidade. São Paulo. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74105d373a71b517>. [Consult. 26 maio 2020].
9. *Idem – Ibidem*.
10. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nações Unidas Brasil. [Em linha]. (10-12-1976). Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. [Consult. 10 maio 2020].
11. SILVA, Marília Ferreira; PEREIRA, Erick Wilson. *Universalismo x Relativismo: um entrave cultural ao projeto de humanização social*. 2013. XXII Congresso Nacional Conpedi/Uninove – Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do direito na contemporaneidade. São Paulo. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74105d373a71b517>. [Consult. 26 maio 2020].
12. LUZ, Renata Carvalho Derzié. *Direitos humanos, o confronto entre o universalismo e o relativismo cultural*. 2017. Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/direitos-humanos-o-confronto-entre-o-universalismo-e-o-relativismo-cultural/>. [Consult. 21 maio 2020].
13. BASSO, Vinicius. *Universalismo x Relativismo dos direitos humanos: um sincretismo possível?* Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76911/universalismo-x-relativismo-dos-direitos-humanos-um-sincretismo-possivel>. [Consult. 23 maio 2020].

14. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 3ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
15. COMPARATO, Fábio Konder. *O Fundamento dos Direitos Humanos*. Disponível em www.dhnet.org.br/direito/militantes/comparato. [Consult. 23 abril 2020].
16. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF>. [Consult. 25 abril 2020].
17. Constituição da República Portuguesa. Assembleia da República. [Em linha]. (10-04-1976). Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. [Consult. 10 maio 2020].
18. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nações Unidas Brasil. [Em linha]. (10-12-1976). Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. [Consult. 10 maio 2020].
19. SILVA, Cristian Kiefer da; JÚNIOR, Luiz Antônio Soares; PEGO, Anne Vieira Teodorak. *Os quarenta anos da Constituição Portuguesa e os Direitos Humanos Fundamentais no Brasil e em Portugal: um panorama*. Caderno do Programa de Pós-Graduação de Direito/UFRGS. Volume 13, nº 2. 2018.
20. Constituição da República Federativa do Brasil. [Em linha]. (22-09-1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. [Consult. 05 maio 2020].
21. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
22. DE PAULA, Eduardo Loula Novais. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: em busca da superação da discussão entre Relativismo x Universalismo*. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1149>. [Consult. 24 abril 2020].
23. *Idem – Ibidem*.
24. Declaração e Programa de Ação de Viena. [Em linha]. (25-06-1993). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o-declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>. [Consult. 20 maio 2020].
25. REIS, Marcus Vinícius. *Multiculturalismo e Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/spol/pdf/ReisMulticulturalismo.pdf>. [Consult. 22 maio 2020].
26. *Idem – Ibidem*.
27. NOGUEIRA, Thiago Silva. *Reflexos do Transconstitucionalismo e a Eficácia dos Direitos Fundamentais: recentes decisões*. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI, 2014, João Pessoa/PB. Direito Internacional. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 1. p. 71-87.

28. ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. *O transconstitucionalismo e a crise de eficácia, efetividade e eficiência da norma constitucional transversal do Estado Social*. 2010, p. 4. Tese de doutorado. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, pag. 22 e 23.
29. GONÇALVES, Bruno José Pedrosa de Arruda. *O transconstitucionalismo na jurisprudência do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal: o diálogo entre ordens jurídicas distintas como mecanismo de motivação e fortalecimento das decisões que versam sobre direitos fundamentais proferidas entre 2010 e 2017*. 2018, Recife. Disponível em: http://btdt.ibict.br/vufind/Record/UCAP_b8c-cf248a04642e4d7f3d36064309f4d. [Consult. 25 maio 2020].
30. NEVES, Marcelo. *(Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além das colisões*. Lua Nova, São Paulo. 2014, p. 207.
31. MARMELSTEIN, George. *O transconstitucionalismo e a Jurisdição Global dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2010/08/18/o-transconstitucionalismo-e-a-jurisdicao-global-dos-direitoshumanos/>. [Consult. 22 abril 2020].
32. JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Transconstitucionalismo e as questões constitucionais transnacionais*. 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/199235257/transconstitucionalismo-e-as-questoes-constitucionais-transnacionais>. [Consult. 30 abril 2020].
33. PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. *O transconstitucionalismo: atualidades constitucionais*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/21398/o-transconstitucionalismo-atualidades-constitucionais>. [Consult. 27 abril 2020].
34. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 100.
35. *Idem – Op. cit.*, p. 34 e 35.
36. *Idem – Op. cit.*, p. 37 e 38.
37. Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa. [Em linha]. (13-11-2001). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3927.htm. [Consult. 30 abril 2020].
38. Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa Destinada a Evitar a Dupla Tributação e a Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento. [Em linha]. (13-11-2001). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D4012.htm. [Consult. 25 abril 2020].
39. Acordo de Seguridade Social ou Segurança Social entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, de 7 de maio de 1991. [Em linha]. (17-04-1995). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1457.htm. [Consult. 25 abril.2020]
40. SANTOS, Aléssia Pâmela Bertulêza. *O transconstitucionalismo como alternativa aos conflitos entre ordens jurídicas: novos aspectos*. Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas / Universidade Luterana do Brasil: ULBRA, São

- Paulo, v. 14, n° 2, Jul./Dez., 2013. Disponível em: <http://www.ulbra.br/upload/c8bd6d30f3cf020d00371ed5d32890d9.pdf>. [Consult. 20 maio 2020].
41. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n° 132. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. [Consult. 04 abril 2020]
 42. SANTOS, Aléssia Pâmela Bertulêza. *O transconstitucionalismo como alternativa aos conflitos entre ordens jurídicas: novos aspectos*. Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas / Universidade Luterana do Brasil: ULBRA, São Paulo, v. 14, n° 2, Jul./Dez., 2013. Disponível em: <http://www.ulbra.br/upload/c8bd6d30f3cf020d00371ed5d32890d9.pdf>. [Consult. 20 maio 2020].
 43. BORN, Rogério Carlos. *O Transconstitucionalismo dos Direitos Políticos entre os países de Língua Portuguesa*. *Ius Gentium*, v. 3, n. 2, p. 69-87, 2012.
 44. Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa. [Em linha]. (22/04/2020). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3927.htm. [Consult. 30 abril 2020].
 45. BORN, Rogério Carlos. *O transconstitucionalismo dos Direitos Políticos entre os países de Língua Portuguesa*. *Ius Gentium*, v. 3, n. 2, p. 51-65, 2012.
 46. DE PAULA, Eduardo Loula Novais. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: em busca da superação da discussão entre Relativismo X Universalismo*. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1149>. [Consult. 24 abril 2020].
 47. *Idem – Ibidem*.

Referências

- BASSO, Vinicius. *Universalismo x Relativismo dos direitos humanos: um sincretismo possível?* Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76911/universalismo-x-relativismo-dos-direitos-humanos-um-sincretismo-possivel>. [Consult. 23 maio 2020]
- BOAS, Franz. *El arte primitivo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1947, p. 07.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. 3ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORN, Rogério Carlos. *O transconstitucionalismo dos Direitos Políticos entre os países de Língua Portuguesa*. *Ius Gentium*, v. 3, n. 2, p. 69-87, 2012.
- CANEDO, Daniele. “*Cultura é o quê?*” – *Reflexões sobre o conceito de cultura e a atuação dos poderes públicos*. 2009. In: V ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. Faculdade de Comunicação/UFBa, Salvador-Bahia-Brasil. Disponível em: http://www.academia.edu/download/60771835/SOCIO_Cultura20191002-99147-1dmufwk.pdf. [Consult. 26 maio 2020]

- COMPARATO, Fábio Konder. *O Fundamento dos Direitos Humanos*. (Consult. 23 abril 2020). Disponível em www.dhnet.org.br/direito/militantes/comparato.
- DE PAULA, Eduardo Loula Novais. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: em busca da superação da discussão entre Relativismo x Universalismo*. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1149>. [Consult. 24 abril 2020]
- FILHO, Francisco Humberto cunha. *A relação entre cultura e direito: mitos e fatos*. Disponível em: <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/322/o/Artigo10.pdf?1453825563>. [Consult. 27 maio 2020]
- GOMES, Luiz Flavio. *Do Estado de Direito Constitucional e Transnacional: riscos e precauções*. São Paulo: Premier Maxima, 2008.
- GONÇALVES, Bruno José Pedrosa de Arruda. *O transconstitucionalismo na jurisprudência do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal: o diálogo entre ordens jurídicas distintas como mecanismo de motivação e fortalecimento das decisões que versam sobre direitos fundamentais proferidas entre 2010 e 2017*. 2018, Recife. Disponível em: http://btdt.ibict.br/vufind/Record/UCAP_b8ccf248a04642e-4d7f3d36064309f4d. [Consult. 25 maio 2020]
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Transconstitucionalismo e as questões constitucionais transnacionais*. 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/199235257/transconstitucionalismo-e-as-questoes-constitucionais-transnacionais>. [Consult. 30 abril 2020]
- LUZ, Renata Carvalho Derzié. *Direitos humanos, o confronto entre o universalismo e o relativismo cultural*. 2017. Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/direitos-humanos-o-confronto-entre-o-universalismo-e-o-relativismo-cultural/>. [Consult. 21 maio 2020]
- MARMELSTEIN, George. *O transconstitucionalismo e a Jurisdição Global dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2010/08/18/o-transconstitucionalismo-e-a-jurisdicao-global-dos-direitoshumanos/>. [Consult. 22 abril 2020]
- NEVES, Marcelo. *(Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além das colisões*. Lua Nova, São Paulo. 2014.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NOGUEIRA, Thiago Silva. Reflexos do transconstitucionalismo e a eficácia dos direitos fundamentais: recentes decisões. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI, 2014, João Pessoa/PB. Direito Internacional. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 1.
- PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. *O transconstitucionalismo: atualidades constitucionais*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/21398/o-transconstitucionalismo-atualidades-constitucionais>. [Consult. 27 abril 2020]
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- REIS, Marcus Vinícius. *Multiculturalismo e direitos humanos*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/spol/pdf/ReisMulticulturalismo.pdf>. [Consult. 22 maio 2020]
- ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. *O transconstitucionalismo e a crise de eficácia, efetividade e eficiência da norma constitucional transversal do Estado Social*. 2010, p. 4. Tese de doutorado. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito.
- SANTOS, Aléssia Pâmela Bertulêza. *O transconstitucionalismo como alternativa aos conflitos entre ordens jurídicas: novos aspectos*. Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas / Universidade Luterana do Brasil: ULBRA, São Paulo, v. 14, n° 2, Jul./Dez., 2013. Disponível em: <http://www.ulbra.br/upload/c8bd6d30f3cf020d00371ed5d32890d9.pdf>. [Consult. 20 maio 2020]
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF. [Consult. 25 abril 2020]
- SILVA, Cristian Kiefer da; JÚNIOR, Luiz Antônio Soares; PEGO, Anne Vieira Teodorak. *Os quarenta anos da Constituição Portuguesa e os Direitos Humanos Fundamentais no Brasil e em Portugal: um panorama*. Caderno do Programa de Pós-Graduação de Direito/UFRGS. Volume 13, n° 2. 2018.
- SILVA, Marília Ferreira; PEREIRA, Erick Wilson. *Universalismo x Relativismo: um entrave cultural ao projeto de humanização social*. 2013. XXII Congresso Nacional Conpedi/Uninove – Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do direito na contemporaneidade. São Paulo. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74105d373a71b517>. [Consul. 26 mai 2020].
- TYLOR, Edward Burnett. *Primitive culture*, 1871. Volume 1, cap.1, p.1.
- VIANNA, Natasha Ribeiro. *Direitos Fundamentais da Pessoa Jurídica. Um estudo de Direito Comparado*. Rio de Janeiro. 2010. Dissertação de Mestrado. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17013/17013_1.PDF. [Consult. 23 maio 2020]

Cláusulas abusivas nos contratos de adesão

João Ricardo Fornazari Bini¹

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal

Introdução

O PRESENTE TRABALHO tem por escopo analisar os fundamentos da discussão a respeito das cláusulas abusivas nos contratos de adesão no ordenamento jurídico brasileiro para proteção ao consumidor e às relações de âmbito civil.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo conforme doutrina, jurisprudência e legislação que tratam sobre a matéria em questão.

A escolha do tema surgiu a partir de uma análise contemporânea das relações de consumo, as quais, em razão do grande poder econômico atribuído a certos empreendimentos, mantém em prejuízo o mais vulnerável da relação jurídica, que acaba por aceitar a aplicação de cláusulas contratuais abusivas para obter acesso à prestação do serviço ou a entrega de determinado bem.

Portanto, trata-se de um tema relevante para todos os ramos do direito, em especial o civil e do consumidor, eis que procura dar segurança jurídica às relações contratuais gerais e evitar danos aos contratantes mais hipossuficientes da relação jurídica contratual.

O plano de investigação passará pelos principais conceitos que cercam o assunto, especificamente quanto às cláusulas contratuais gerais em seus principais aspectos; os contratos de adesão, seu enquadramento e âmbito de proibição no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

1. Cláusulas contratuais gerais

Neste capítulo serão analisados os principais aspectos no tocante às cláusulas contratuais gerais no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Conceito e âmbito

As cláusulas contratuais gerais buscam disciplinar as relações entre particulares, desde a formação até a extinção do contrato, bem como introduzir métodos de interpretação quanto a seu conteúdo.

Importa salientar que tais cláusulas somente são aplicadas em relações particulares vinculadas ao ambiente econômico, conside-

O ordenamento jurídico brasileiro limita as cláusulas contratuais gerais aos negócios entre particulares

rando-se este relacionado à atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens e de serviços, não sendo aplicadas, portanto, às negociações do âmbito familiar.

No Brasil, embora não haja disposição normativa expressa quanto às cláusulas contratuais gerais, o Código Civil buscou estabelecer todo o conteúdo geral no que se refere aos contratos e quanto as cláusulas gerais e abusivas.

Neste aspecto, ensinam os professores Farias, Rosenvald e Netto (2020, p. 772): “As cláusulas contratuais gerais não foram objeto de expresse tratamento legislativo no Brasil. Podemos tangenciá-las quando do regramento dos contratos de adesão e das cláusulas abusivas.”

No que concerne às relações de família e do direito do consumidor, tendo em vista o caráter protecionista desse Código e a natureza indisponível dos direitos familiares, quando se tratar de absolutamente ou relativamente incapaz, aplicar-se-á o regramento das cláusulas gerais do Código Civil, tão somente em caso de silêncio, como método integrativo, cuja interpretação não poderá ser utilizada para excluir ou limitar direito.

O art. 421, alterado pela Lei 13.874/19, do Código Civil brasileiro dispõe: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002). Verifica-se que a liberdade contratual é ampla, sendo exceção à intervenção do estado, de modo que poderá ser pactuado tudo quanto não seja defeso em lei, nos limites da função social do contrato e de acordo com as cláusulas gerais contratuais.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro limita as cláusulas contratuais gerais aos negócios entre particulares, e desde que o aderente ratifique o entabulado, com a assinatura do contrato, sendo classificada como gênero, sendo o contrato de adesão uma de suas espécies.

1.2 Inserção em contratos singulares

No direito brasileiro prevalece o princípio da continuidade contratual, com utilização das normas de aplicação, integração e interpretação gerais dos contratos, que estão dispostas no Código Civil, inclusive quanto à sua incidência em contratos singulares.

Com efeito, a regra quanto aos contratos é a subsistência do princípio da boa-fé objetiva, nos termos do art. 422 do diploma substantivo, a utilização da interpretação mais benéfica na hipótese de contrato de adesão com relação às cláusulas ambíguas ou contraditórias, e a licitude às partes para que estipulem contratos atípicos (BRASIL, 2002).

Há existência da liberdade de contratar diante da prevalência da autonomia privada, mas existe proteção legal para as hipóteses dos contratos de adesão, inclusive tornando nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio jurídico, nos exatos termos do art. 424 do Código Civil brasileiro.

1.3 Natureza jurídica

A natureza jurídica das cláusulas contratuais gerais possui certa inconsistência doutrinária. Para alguns doutrinadores, notadamente

os normativistas, as cláusulas contratuais gerais são normas jurídicas, não se diferenciando das demais. Outros, especificamente os contratualistas, acreditam se tratar de normas de conteúdo eminentemente contratual.

Acerca da problemática, o professor Amaral Neto (1988), em interessante estudo do direito português, exalta o imbróglio doutrinário em relação à natureza jurídica e expõe o posicionamento dominante firmado no assunto. Vejamos:

O problema da natureza jurídica das cláusulas contratuais gerais, que se tem posto em via doutrinária no debate entre os normativistas e os contratualistas, vale dizer, entre as teorias que consideram as cláusulas contratuais gerais como verdadeiras normas jurídicas e as que as consideram como matéria puramente contratual, está hoje superado. Para a grande maioria dos juristas, com apoio do direito positivo que disciplinou a matéria, a começar pelo Código Civil italiano, as cláusulas gerais têm natureza contratual. Tais disposições são eficazes, produzem efeitos jurídicos não porque a lei o determina, mas porque o aderente aceitou o regulamento da parte predisponente (p. 242-3).

Deste modo, prevalece o entendimento de que as cláusulas contratuais gerais detêm natureza jurídica de norma contratual.

2. Conflito entre cláusulas contratuais gerais

A solução da antinomia entre cláusulas contratuais gerais pode ser solucionada pela utilização das normas legais, a depender do contexto.

Assim, as cláusulas contratuais gerais podem ser interpretadas e integradas em harmonia às regras dos negócios jurídicos, mas dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam, razão pela qual poderá uma cláusula contratual geral prevalecer em relação à outra de igual valor, a depender do contexto em que seja inserida, bem como do caso em concreto.

A exceção ocorre com relação às cláusulas contratuais ambíguas, eis que nesta hipótese prevalecerá, havendo dúvida, o sentido mais favorável ao aderente, nos termos do ordenamento jurídico brasileiro consumerista.

Neste aspecto, num contrato singular, havendo interesse das partes em pactuarem de modo diverso, as cláusulas entre elas pactuadas prevalecem sobre as cláusulas contratuais gerais. Desse modo:

Sempre que, num contrato celebrado com base em cláusulas contratuais gerais, as partes cheguem a acordo entre uma ou várias cláusulas, de conteúdo diverso ou, mesmo, contraditório com as cláusulas gerais inseridas no modelo contratual, aquelas cláusulas especificamente acordadas pelas partes prevalecem sobre as que constavam (ou constam) do modelo, ainda que este tenha sido assinado pelas partes (PRATA, 2010, p. 257-8).

Com efeito, verifica-se que havendo cláusulas contratuais especificamente acordadas, estas prevalecem sobre as demais, mesmo quando constante de formulário assinado pelas partes, sempre no sentido mais favorável ao aderente.

3. Contratos de adesão

O presente capítulo trará a abordagem dos principais elementos que englobam os contratos de adesão e suas características.

3.1 Conceito

Os contratos de adesão podem ser conceituados como aqueles em que uma das partes formula de modo unilateral as cláusulas contratuais e a outra parte, a aderente, somente a aceita, sem possibilidade de alterá-la.

Prata (2010, p. 17) define o contrato de adesão como

aquele cujo conteúdo clausular é unilateralmente definido por um dos contraentes que apresenta à contraparte, não podendo esta discutir qualquer das cláusulas: ou aceita em bloco a proposta contratual que lhe é feita, ou a rejeita e prescinde da celebração do contrato.

Referido contrato, portanto, seria aquele que uma das partes impõe a outra as cláusulas contratuais gerais do negócio jurídico entabulado, sem possibilidade de alteração de seu corpo. Desse conceito, extraem-se elementos que fazem parte da relação negocial, sendo eles a predisposição das cláusulas, a unilateralidade e a rigidez.

Os professores Farias, Rosenvald e Netto (2020, p. 770), acerca do assunto, expõem:

Esse conceito evidencia os três atributos dos contratos de adesão: predisposição das cláusulas, unilateralidade e rigidez. De fato, um dos contratantes não possui a liberdade de estipulação do conteúdo das cláusulas, restando-lhe apenas a liberdade de aceitar ou não a contratação. A adesão dependerá, portanto, da perquirição se o conteúdo das cláusulas pode ser atribuído a ambas as partes ou se nasceu de uma prévia imposição inegociável de um dos contraentes.

Por se tratar de matérias quase que integralmente relacionadas com os contratos de consumo, o conceito de contrato de adesão encontra-se expressamente definido no Código de Defesa do Consumidor.

Em linhas literais, o art. 54 do Código de Defesa do Consumidor define contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Em suma, para se aferir sua existência no mundo dos fatos, necessário se faz a análise das circunstâncias da assinatura, pois caso o contraente não tenha escolha nas cláusulas contratuais, sendo estas impositivas, será considerado como contrato de adesão.

3.2 Contratos de adesão individualizados

Reiterando-se o conceito formulado por Prata (2010), os contratos de adesão possuem três elementos caracterizantes, de modo a individualizá-los dos demais: predisposição das cláusulas, unilateralidade e rigidez.

São consideradas predispostas as cláusulas que já foram formuladas anteriormente, restando ao contraente tão somente ratificá-las. Este elemento inicial vincula-se ao segundo, isto é, a unilateralidade. A predisposição das cláusulas deve ser precedida da unilateralidade de sua formação, ou seja, uma das partes, sozinha, as enumera, restando à outra apenas a aceitação.

Ademais, como ressaltam Farias, Rosenvald e Netto (2020), o conteúdo do contrato de adesão geralmente é rígido, não sendo objeto de discussão quanto ao seu conteúdo, por sua não flexibilidade.

Assim, individualmente considerados, para se caracterizar o contrato de adesão, devem-se sopesar os elementos concretos determinados na relação negocial. Se as cláusulas forem unilaterais, predispostas e rígidas, estaremos diante de um contrato de adesão, considerando-se, portanto, os impedimentos legais estabelecidos na legislação pátria.

4. Cláusulas abusivas nos contratos de adesão

Este capítulo traz o estudo das principais características das cláusulas abusivas nos contratos de adesão e suas consequências no ordenamento jurídico pátrio.

4.1 Enquadramento

No direito brasileiro, especificamente quanto às relações de natureza privada, de igualdade entre as partes, a nulidade das cláusulas gerais não está diametralmente qualificada em algum dispositivo legal. Havendo uma cláusula contratual geral abusiva em um contrato de adesão, deverá ela ser analisada de acordo com o caso concreto.

No entanto, os arts. 423 e 424 do Código Civil reforçam a ideia de proteção ao aderente, ao aduzir que, havendo no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente, sendo nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada deste com relação a direito resultante da natureza do negócio (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor já especifica que, na situação de uma relação de consumo, devidamente verificada no caso concreto, as cláusulas contratuais serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor, tornando nulas, ou anuláveis, portanto, aquelas que visem limitar direitos da parte hipossuficiente da relação jurídica consumerista.

4.2 Critério geral de proibição

Em linhas gerais, as hipóteses de proibição possuem um mesmo critério teleológico, qual seja a exclusão de cláusulas ambíguas e prejudiciais nas relações jurídicas entre empresários ou entidades equiparadas, sem, no entanto, retirar a autonomia privada das partes. Possuem, ainda, a proteção integral do polo mais fraco das relações negociais, considerado este o consumidor final.

Nota-se que há regramentos próprios no Código Civil que estabelecem nulidades das cláusulas contratuais nos contratos de adesão, conforme prevê o art. 424 do estatuto substantivo (BRASIL, 2002).

Conforme anota Tartuce (2020), em referido diploma legal, nas relações privadas entre pessoas de iguais condições, prevalece o entendimento embasado nos princípios que regem as negociações entre particulares (autonomia privada, função social dos contratos, força obrigatória dos contratos, boa-fé objetiva e relatividade dos efeitos contratuais). Assim, as relações contratuais, se não eivadas de defeitos de negócios jurídicos, serão válidas, ressalvadas os impedimentos legais já mencionados.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece proteção integral aos consumidores, ao ponto de permitir ao juiz que, analisando o caso concreto e verificando uma cláusula considerada

abusiva, a anule de pleno, independentemente de provocação da parte, através de atuação oficiosa, por se tratarem de normas públicas e de interesse social, nos termos do art. 1º do CDC.

Sem prejuízo quanto à interpretação feita pelo juiz dos casos concretos, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor estabelece cláusulas, não se olvidando tratar de rol exemplificativo, que são nulas de pleno direito quando relacionadas a uma relação negocial entre hipossuficiente e se tratar de relação de consumo.

Assim, aplicando-se critérios gerais de proibição, nulificam-se as cláusulas que visem renunciar direitos irrenunciáveis seja ao próprio aderente, seja a terceiro envolvido, bem como se proíbem cláusulas que visem diminuir ou limitar a responsabilidades.

4.3 Rol de cláusulas proibidas e respectivas notas

O Código Civil brasileiro não apresenta dispositivo legal que estabeleça hipóteses taxativas de cláusulas cuja utilização venha a ser sancionada com a nulidade, eis que esta se verifica a partir da análise da natureza do direito. Se for norma de direito público, a cláusula é nula, e se for norma de direito privado, podendo ser renunciada pela parte, a cláusula será anulável.

Aduzem-se, ainda, hipóteses gerais, como as dispostas nos arts. 423 e 424 do Código Civil, que, se vierem a ocorrer, podem vir a ser tornadas nulas ou anuláveis.

Entretanto, de outra banda, o Código de Defesa do Consumidor relaciona condutas que são nulas de pleno direito nas relações contratuais relativas a fornecimento de produtos ou serviços, desde que exista relação de consumo. O art. 51 do referido Código apresenta um rol de cláusulas contratuais de fornecimento de produtos e serviços que são consideradas nulas de pleno direito, desde que:

I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III – transfiram responsabilidades a terceiros;

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V – (Vetado)

VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX – deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; e,

XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

Constata-se, portanto, a preocupação paternalista que o Código de Defesa do Consumidor possui com o elo mais frágil da corrente, o consumidor, parte hipossuficiente da relação, razão pela qual, tratando-se de contratos de adesão submetidos ao regramento do CDC, a interpretação de suas cláusulas deve ser mais favorável ao consumidor, entendimento também compartilhado pela jurisprudência (AgRg no AREsp 655341/MG, Agravo Regimental no Agravo

em Recurso Especial 2015/0013979-8, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, data do julgamento 05/05/2015, data da publicação 25/05/2015).

Não por outro motivo, Netto (2020, p. 478) afirma que “o elenco de cláusulas abusivas – apontado pelo legislador nos vários incisos do art. 51, aqui brevemente comentado – é exemplificativo. A expressão ‘entre outras,’ constante do caput, não deixa dúvidas a respeito do caráter não exaustivo da lista legal.” Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive para caracterizar infração administrativa por violação dos tipos previstos no CDC (Resp 1539165/MG, Recurso Especial 2015/0146685-3, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, data do julgamento 23/08/2016, data da publicação 16/11/2016, RSTJ vol. 245 p. 295).

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que a defesa ao hipossuficiente, vinculado ao regime jurídico consumerista, é de ordem pública e interesse social, impondo ao juiz da causa julgar nulas cláusulas abusivas de ofício, sem necessidade de provocação pelas partes.

Sobre o assunto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que os contratos de adesão devem respeitar os princípios da função social, da boa-fé, da justiça, e do dirigismo contratual, não apenas quando da realização do contrato, mas também por ocasião da sua execução. Assim, para que não sejam consideradas abusivas, as cláusulas que implicam limitação de direito do consumidor devem ser redigidas com destaque com o escopo de permitir fácil e imediata compreensão, com todas as especificações e os riscos que apresenta (REsp 1837434/SP, Recurso Especial 2019/0211939-5, Relatora Ministra Nancy Andrighui, Terceira Turma, data do julgamento 03/12/2019, data da publicação 05/12/2019, RSDCPC vol. 123 p. 123).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que os contratos de adesão devem respeitar os princípios da função social, da boa-fé, da justiça, e do dirigismo contratual

Por outro lado, o Código Civil estabelece que podem ser consideradas nulas as cláusulas que tratem de objeto indeterminado ou sejam ilegais ou imorais, através de uma interpretação do art. 104 daquele diploma legal (sem prejuízo do quanto disposto no arts. 423 e 424 do mesmo diploma). No entanto, essas cláusulas, como não são consideradas de ordem pública, demandam provocação da parte interessada, gerando efeitos até que sentença judicial as declare nulas.

Assim, permitir-se-ia, caso não houvesse provocação, a utilização de uma cláusula ambígua ou até mesmo que viesse a prejudicar a parte nas relações civis, caso não viesse a ocorrer a anulação.

O sistema jurídico brasileiro detém pontos positivos e negativos quanto à análise da aplicação dos contratos de adesão e proteção quanto à aplicação de cláusulas abusivas

de uma cláusula ambígua ou até mesmo que viesse a prejudicar a parte nas relações civis, caso não viesse a ocorrer a anulação.

Noutro cenário, em que pese o ordenamento jurídico pátrio limitar a incidência de cláusulas gravosas ao consumidor ou a terceiro, observa-se que o Código do Consumidor apresenta hipóteses abertas, porque, muito embora exista o rol do art. 51, este não é taxativo, permitindo maior discricionariedade do juiz em analisá-las.

Assim, como no Brasil não há disposição expressa de cláusulas gerais, verificar-se-á a validade ou invalidade das cláusulas através de uma análise do caso concreto.

Conclusões

Diante de todo o exposto, conclui-se que o sistema jurídico brasileiro detém pontos positivos e negativos quanto à análise da aplicação dos contratos de adesão e proteção quanto à aplicação de cláusulas abusivas.

Todavia, observa-se que o aspecto positivo principal é a proteção indiscutível ao considerado hipossuficiente (parte mais frágil da relação jurídica), que pode ser verificada no rol de proibições de cláusulas gerais entre os empresários e entidades equiparadas, dispostas no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

No Brasil, os artigos 423 e 424 do Código Civil apresentam a possibilidade de declaração de nulidade das cláusulas ambíguas ou que limitem ou renunciem direito antes de sua existência. Tal situação é ampliada no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, por se tratar a relação de consumo, sua natureza é pública e de interesse social, de modo que o juiz, de ofício, poderá decretar a nulidade das cláusulas sem prejuízo daquelas positivadas no artigo 51 daquele mesmo diploma.

Portanto, acredita-se que os componentes do ordenamento jurídico pátrio perseguem uma mesma finalidade, qual seja, proteger a relação entre particulares e entre consumidores finais, enaltecendo o princípio da boa-fé e vedando-se a aplicação das cláusulas de natureza abusiva, em especial nos contratos de adesão, que venha a limitar direitos ou renunciar deveres.

Nota

1. João Ricardo Fornazari Bini. Advogado inscrito na OAB-PR nº. 44.897. Messtrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal. E-mail: jr.bini@uol.com.br. ORCID nº 0000-0002-2130-1174.

Referências

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. As cláusulas contratuais gerais, a proteção ao consumidor e a lei portuguesa sobre a matéria. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, DF, v, 25, n. 98, p. 235-256, 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181846/000437688.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. *Manual de direito civil*. Salvador: Juspodivm, 2020.

Jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça consultadas em 24/06/2021, no site <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>.

NETTO, Felipe Braga. *Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

Heurísticas, vieses cognitivos e ruídos sistemáticos: fragmentos do pensamento de Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein para o julgamento judicial

Eduardo Cambi¹

Promotor de Justiça

Resumo: A evolução dos estudos da neurociência, em conjunto com a psicologia cognitiva e a economia, tem trazido novas formas de compreensão do pensamento, mas também modos de entender como se dão os julgamentos e seus possíveis equívocos. O presente texto procura extrair fragmentos da obra *Ruído. Uma falha no julgamento humano*, de Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein, buscando pontos de contato com a decisão judicial.

OS ESTUDOS DE NEUROCIÊNCIA têm avançado nos últimos anos, com enormes reflexos na área jurídica. O presente texto pretende fazer uma síntese do pensamento de Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein, no livro *Ruído. Uma falha no julgamento humano* (Rio de Janeiro: Objetiva, 2021), a partir da organização de fragmentos desta obra que tangenciam a decisão judicial.

Julgamento não deve ser confundido com “pensamento” ou “raciocínio”. Precisa ser tratado como uma *medição* em que o instrumento é a mente humana². Implícita na noção de medição está a finalidade da precisão, isto é, aproximar-se da verdade e minimizar o erro. Medição,

tanto na vida diária como nas ciências, é o ato de usar um instrumento para atribuir valor a um objeto ou evento em uma escala.

Como outras formas de medição, o julgamento atribui uma *pontuação a um objeto*, mas que não precisa consistir, necessariamente, de números (afirmações como “O tumor de Mary Johnson provavelmente é benigno”, “A economia nacional está muito instável”, “Fred Williams é o melhor candidato ao cargo de gerente” e “O prêmio para segurar esse risco deve ser de 12 mil dólares” são julgamentos)³. Quando juízes determinam o tempo de prisão adequado para um crime, por exemplo, indicam um valor em uma escala.

Como um instrumento de medição, a mente humana é imperfeita: ela pode ser tanto enviesada como ruidosa⁴.

Há dois sistemas de pensamento: o rápido e o devagar⁵. O primeiro é conhecido como Sistema 1 (também denominado de automático), cujas características são ser descontrolado, fácil, associativo, rápido, inconsciente e prático. Já o Sistema 2, também denominado de reflexivo, se caracteriza por ser controlado, complicado, dedutivo, lento, autoconsciente e por obedecer regras.

A maioria das pessoas é muito ocupada, a vida é complicada e não se pode gastar o tempo todo pensando e analisando tudo. Utilizamos regras gerais (também denominadas de heurísticas) que são úteis para o pensamento rápido.

Heurísticas são *atalhos do pensamento*, produzidas pelo pensamento rápido e intuitivo. São muito úteis e proporcionam respostas adequadas; porém, por vezes, levam a vieses cognitivos (psicológicos), isto é, a erros de julgamento sistemáticos, normalmente previsíveis.

Pesquisas em psicologia e economia comportamental documentam, por exemplo, uma longa lista de vieses psicológicos, tais como⁶: a falácia de planejamento (quando as pessoas fazem um prognóstico de quanto tempo levará para completar um projeto, a média de suas estimativas é, em geral, muito mais baixa do que o tempo de que precisarão de fato)⁷, a superconfiança, a aversão à perda (na hora de investir), o viés de *statu quo* (predileção para deixar tudo como está), a desconsideração excessiva pelo futuro (“viés do presente”), a inconsistência nas percepções de risco, bem como vieses a favor ou contra várias catego-

rias de pessoas (manifesto, por exemplo, na naturalização do machismo, homofobia ou racismo).

A teoria das heurísticas do julgamento propõe que as pessoas, às vezes, usam a resposta a uma pergunta mais fácil para responder a uma difícil⁸. Em outras palavras, a heurística, por estar baseada em um juízo por similaridade ou por probabilidade, busca responder uma pergunta difícil com uma resposta fácil, o que causa erros previsíveis, chamados vieses cognitivos (psicológicos). Por exemplo, a percepção do risco de quedas de avião ou de furacões cresce após tais incidentes serem noticiados à exaustão (heurística da disponibilidade).

Vale destacar o estudo de três heurísticas: a da ancoragem, disponibilidade e representatividade⁹. Na heurística da ancoragem, a pessoa parte do que conhece (âncora) e depois faz ajustes (p. ex., uma pessoa que vive em Curitiba pode não saber qual é a população da cidade de São Paulo, embora saiba que este município é bem

maior do que o lugar em que mora; da mesma forma, se a pergunta é feita a um morador de uma pequena cidade do interior do Paraná sobre a população da capital do Estado, tal cidadão partirá do comparativo em relação ao seu município, para estimar quantos habitantes moram em Curitiba, e depois fará os ajustes necessários).

Na heurística da disponibilidade, a acessibilidade induz o raciocínio humano (p. ex., quem vive em uma área de terremotos se sentirá mais ameaçado do que alguém que apenas lê no jornal notícias sobre terremotos), bem como se sabe que acontecimentos mais recentes, normalmente, influenciam mais nosso comportamento do que os mais antigos (p. ex., logo após um terremoto acontecer, a procura por seguro de vida pelas pessoas ameaçadas é maior do que haveria em relação ao temor de um terremoto se repetir após muitas décadas, porque a avaliação do risco está ligada à heurística da disponibilidade).

Já a heurística da representatividade, também denominada da similaridade, está baseada no uso de estereótipos (assim, a probabilidade de

A teoria das heurísticas do julgamento propõe que as pessoas, às vezes, usam a resposta a uma pergunta mais fácil para responder a uma difícil

um afro-americano de mais de dois metros ser um jogador de basquete profissional é maior do que a de um judeu branco de 1,60 m, porque há muitos jogadores de basquete negros e altos, e poucos baixos e judeus).

Embora possam ser úteis, as heurísticas estão ligadas ao sistema automático de pensamento e podem levar a erros no julgamento em razão de vieses cognitivos (p. ex., julgamentos baseados em estereótipos induzem a equívocos, quando ocorrem divergências entre similaridade e frequência).

Como já asseverado, há outras categorias de heurísticas, como a heurística afetiva: as pessoas determinam o que pensam consultando os próprios sentimentos¹⁰. Por exemplo, “gostamos da maioria das coisas em políticos que apoiamos, e antipatizamos até com a aparência e a voz daqueles de que não gostamos”. Também, independentemente dos verdadeiros motivos da sua crença, alguém se inclina a aceitar qualquer argumento que pareça apoiá-la, mesmo se o raciocínio for incorreto.

A palavra *viés* possui sentido amplo. Além da definição cognitiva (isto é, de referir-se a um mecanismo psicológico e aos erros específicos e identificáveis que esse mecanismo tipicamente produz), a expressão “*viés*” é utilizada com frequência para sugerir que alguém é tendencioso contra determinado grupo (por exemplo, vieses de gênero, sexuais ou raciais).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça, preocupado em combater a repetição de estereótipos, a perpetuação de diferenças e a cultura da discriminação e de preconceitos, editou o Protocolo de Julgamento na Perspectiva de Gênero¹¹. Neste documento, afirma-se que estereótipos podem influenciar a apreciação de um determinado fato para julgamento. Isso ocorre, por exemplo, quando um juiz: i) confere ou minimiza relevância a certas provas com base em uma ideia preconcebida sobre gênero (v.g., quando, em casos de violência sexual, ao mesmo tempo em que coloca em dúvida os relatos das vítimas, passa a supervalorizar o comportamento delas antes do momento da violência, ou a roupa que elas usavam, influenciado pela ideia preconcebida de que cabe às mulheres recato e decência); ii) considera apenas as evidências que confirmam uma ideia estereotipada, igno-

rando aquelas que a contradizem (v.g., quando se atribui maior peso ao testemunho de pessoas em posição de poder, desconsiderando o testemunho de mulheres e meninas em casos de violência doméstica ou em disputas de guarda envolvendo acusações de alienação parental, a partir da ideia preconceituosa de que as mulheres são destemperadas, vingativas, volúveis e menos racionais do que os homens); iii) utiliza ideias preconcebidas sobre gênero como uma máxima de experiência para tomar um fato como certo (v.g., a negativa do direito à adoção por casais homossexuais, sob o prejulgamento de que a ausência de pai/mãe do sexo masculino/feminino possa resultar em um risco para o desenvolvimento integral das crianças; outro exemplo: presumir a negligência com filhos da mãe acusada de tráfico, como fundamento para negar a prisão domiciliar). O documento do CNJ conclui que, para evitar esses prejuízos, “universalizações de experiência devem ceder lugar ao escrutínio probatório idôneo e livre de vieses, atento ao caso concreto”.

Vieses psicológicos sempre geram erro, ao causarem tanto viés estatístico como ruído. O viés psicológico com frequência gera viés estatístico, porque medições ou julgamentos compartilhados se desviam da verdade na mesma direção. E produzem ruído de sistema quando pessoas em situação similar não são tratadas, pelas decisões (judiciais), de forma similar.

Para fins do direito processual, vale ressaltar os vieses de substituição, que levam a atribuir um peso errado à evidência, e os vieses de conclusão ou prejulgamento (também denominados de *confirmation bias*). Este viés ocorre quando, com frequência, iniciamos o processo de julgar inclinados a chegar a determinada conclusão¹². “Quando fazemos isso, deixamos nosso Sistema 1 de pensamento rápido e intuitivo sugerir uma conclusão. Ou chegamos depressa demais a essa conclusão e simplesmente contornamos o processo de coletar e integrar informações, ou mobilizamos o Sistema 2 de pensamento – empregando o pensamento deliberativo – para elaborar argumentos que apoiem nosso prejulgamento. Nesse caso, a evidência será seletiva e distorcida: devido ao viés de confirmação e ao viés de desejabilidade, tenderemos a reunir e interpretar evidências seletivamente a favor de um julgamento

que, respectivamente, já acreditamos ser ou queremos que seja correto. Portanto, formamos rapidamente impressões coerentes e demoramos a mudá-las. O viés de confirmação – a mesma tendência que nos leva, quando fazemos um prejulgamento, a ignorar por completo evidências conflitantes – nos fez atribuir menos importância do que deveríamos aos dados subsequentes.”¹³

“Em geral, chegamos a uma conclusão depressa, depois nos aferramos a ela. Acreditamos ter baseado nossa opinião nas evidências, mas

É injusto que pessoas em situação similar sejam tratadas de forma diferente, e um sistema em que os julgamentos profissionais são vistos como inconsistentes perde a credibilidade

é provável que as evidências que consideramos e a interpretação que fazemos delas sejam distorcidas, pelo menos até certo ponto, para se ajustar a nosso julgamento instantâneo inicial. Como resultado, mantemos a coerência da narrativa geral que surgiu em nossa mente. Claro que não há problema com esse processo se as conclusões forem corretas. Mas, quando a avaliação inicial é equivocada, a propensão a permanecer agarrado a ela em face de evidências contraditórias tende a acentuar os erros. Formamos uma impressão rapi-

damente e nos agarramos a ela mesmo quando surgem informações contraditórias. Essa tendência é chamada de coerência excessiva.”¹⁴

Os vieses de conclusão ou prejulgamento (também denominado de *confirmation bias*) são difíceis de controle, porque, uma vez recebida a informação, ainda que indevida (p. ex., proveniente de prova ilícita), é impossível de ignorá-la e, muitas vezes, difícil de esquecer-la. Por exemplo, o juiz pode instruir os integrantes do Conselho de Sentença, em um júri, a desconsiderar evidências inadmissíveis (provas ilícitas) que tenham sido apresentadas, mas essa orientação pode não se mostrar útil na deliberação dos jurados, quando argumentos explicitamente baseados nessas evidências não forem rejeitados, o que é difícil de perceber em razão do sistema da íntima convicção dos jurados.

Como mecanismo, os vieses cognitivos (psicológicos) são universais, e com frequência produzem erros compartilhados. No entanto,

quando há grandes diferenças individuais nos vieses (diferentes julgamentos; p. ex., quando um juiz admite 5% dos pedidos de asilo e outro, no mesmo fórum, 88%) ou quando o efeito dos vieses depende do contexto (diferentes gatilhos), haverá ruído.

O ruído de sistema é caracterizado pela *variabilidade indesejada* em julgamentos sobre um mesmo problema que deveriam, em termos ideais, ser idênticos, o que gera injustiça generalizada, altos custos econômicos e erros de várias espécies¹⁵. O ruído de sistema é, pois, uma *inconsistência*, que prejudica a credibilidade do sistema. É injusto que pessoas em situação similar sejam tratadas de forma diferente, e um sistema em que os julgamentos profissionais são vistos como inconsistentes perde a credibilidade.

Os ruídos sistemáticos, geralmente, não são percebidos, porque nosso modo normal de pensar é causal¹⁶. Atentamos de modo natural para o particular, acompanhando e criando relatos causalmente coerentes sobre casos individuais, em que os fracassos são, com frequência, atribuídos a erros, e os erros a vieses. Com efeito, a facilidade com que julgamentos ruins podem ser explicados – seja porque os fundamentos são inadequados, seja porque são insuficientes – não deixa margem para o ruído nos relatos de erros. A invisibilidade do ruído é consequência direta do raciocínio causal.

O ruído sistêmico é inerentemente estatístico: ele se torna visível apenas quando pensamos de modo estatístico sobre um conjunto de julgamentos similares¹⁷. O ruído sistêmico é a variabilidade nas estatísticas retrospectivas sobre decisões (judiciais); é a gama de possibilidades quando você e outros consideram como prever um resultado futuro: “causalmente, o ruído não está em lugar algum; estatisticamente, está em toda parte”.

Sentenciar alguém por um crime não é uma previsão¹⁸. É um julgamento avaliativo que busca equiparar a sentença à gravidade do crime. O julgamento avaliativo depende em parte dos valores e preferências de quem o faz, mas não é mera questão de gosto ou opinião. Porém, os experimentos mostram grande disparidade entre juízes nas sentenças recomendadas para casos idênticos. Essa variabilidade não pode ser justa. A sentença de um réu não deve depender do juiz encarregado do

caso. Não é aceitável que dois indivíduos similares, condenados pelo mesmo crime, recebam sentenças drasticamente diferentes.

Contudo, onde quer que haja elaboração de um julgamento humano, provavelmente haverá ruído, seja de ocasião (p. ex., deixar de contratar um funcionário, após saber que ele já havia fumado maconha, por influência horas antes da leitura de matéria de jornal de que tal droga gera dependência; se a notícia não fosse lida naquele momento, provavelmente o julgamento seria diferente), seja ele de padrão (p. ex., em estudo comparativo de indenizações punitivas, os participantes classificaram seu intento punitivo em dez processos por danos físicos, em duas ocasiões separadas, com intervalo de uma semana; o ruído de padrão estável foi o componente principal: os indivíduos, de um modo geral, não concordaram entre si, mas seus julgamentos permaneceram bastante estáveis; esta “consistência sem consenso” fornece clara evidência de ruído de padrão estável) ou de nível (isto é, as diferenças entre os observadores em suas classificações médias de confiabilidade) [A ambiguidade das escalas de julgamento é uma das fontes do ruído de nível¹⁹. Palavras como provavelmente, ou números (por exemplo, “4 numa escala de 0 a 6”), significam coisas diferentes para pessoas diferentes. O ruído de nível é uma importante fonte de erro em sistemas de julgamento e uma meta importante para intervenções voltadas à redução de ruído.]. O componente mais importante do ruído de sistema recai sobre o ruído de padrão estável (ou a variabilidade entre juízes em seus julgamentos de casos semelhantes). Para melhorar a qualidade dos julgamentos, é preciso, na medida do possível, tomar conhecimento e superar tanto os vieses cognitivos quanto os ruídos sistêmicos.

No mundo todo, juízes desfrutaram de grande poder discricionário em relação à sentença apropriada²⁰. Nos anos 1970, o entusiasmo com a discricionariedade dos magistrados começou a desmoronar por um simples motivo: a evidência alarmante de ruídos. Em 1973, um juiz norte-americano, Marvin Frankel, chamou a atenção para o problema:

“Se um réu de roubo a banco federal fosse condenado, poderia receber uma pena máxima de 25 anos. Isso significa algo entre zero e 25 anos. E a determinação desse número, logo percebi, dependia menos do caso ou do réu individual e mais do juiz individual, isto é, das opiniões, preferências e inclinações dele. Assim, um mesmo réu em um mesmo processo podia receber sentenças amplamente diferentes, dependendo de qual juiz pegasse o caso.”²¹

Frankel exortou o Congresso a pôr um fim àquela “discriminação”²². Com este termo, Frankel estava se referindo sobretudo ao ruído, na forma de variações inexplicáveis nas sentenças, embora ele também estivesse preocupado com os vieses, na forma de disparidades raciais e socioeconômicas. Ele defendia a redução do ruído mediante “um perfil detalhado ou um checklist de fatores que incluiriam, sempre que possível, alguma forma de graduação objetiva, seja numérica ou de outro tipo”. Ele não chegou ao ponto de defender o uso de algoritmos – o que chamou de “trocar pessoas por máquinas” – mas chegou perto, pois acreditava que “o estado de direito exige um conjunto de regras impessoais, aplicáveis a todos, obrigatórias tanto para juízes como para os demais”. Nesse sentido, Frankel defendeu explicitamente o uso de “computadores como auxílio a um pensamento metódico em sentenças judiciais”.

A procura por vieses cognitivos deve ocorrer não antes ou depois da decisão judicial, mas conforme ela é tomada²³. Todavia, os decisores raras vezes têm consciência de seus vieses quando estão julgando. Essa cegueira é em si um viés conhecido, o viés de ponto cego. Com frequência, reconhece-se os vieses com mais facilidade nos outros do que em nós mesmos.

Ruído, por outro lado, é o erro imprevisível que não podemos perceber ou explicar facilmente²⁴. Por isso, em geral o negligenciamos, ainda quando causa graves danos. Por essa razão, as estratégias de redução de ruído estão para o desvio como as medidas profiláticas estão para o tratamento médico: o objetivo é a prevenção contra uma gama inespecífica de potenciais problemas antes que ocorram. Pode-se fazer analogia com o ato de lavar as mãos: os benefícios desta medida

de higiene não são, diretamente, visíveis; após um problema surgir, não se pode afirmar que ele foi ocasionado pela falta de lavagem das mãos, e talvez por isso muitos profissionais da saúde, que devem ter maior consciência da sua importância preventiva, deixem de fazê-lo.

Algum nível de ruído sempre é esperado nos julgamentos humanos. Todavia, qual é o nível certo de ruído? Pode parecer contraintuitivo, mas o nível certo não é zero²⁵. Em algumas áreas, não é viável eliminar o ruído; em outras, fica caro demais; e em outras ainda as tentativas de redução do ruído comprometeriam valores importantes mas incompatíveis. Por exemplo, em questões de preferência ou gosto, se dez críticos assistem ao mesmo filme, dez enólogos avaliam o mesmo vinho ou dez pessoas leem o mesmo romance, não se espera que tenham a mesma opinião. Afinal, a diversidade de gostos é bem-vinda e inteiramente esperada, porque ninguém gostaria de viver em um mundo em que todos tivessem exatamente as mesmas simpatias e antipatias. Não se pode esperar – nem seria desejável – a concordância perfeita entre as pessoas.

Da mesma forma, a variabilidade nos julgamentos também é esperada e bem-vinda em uma situação competitiva em que os melhores julgamentos serão recompensados²⁶. Quando várias empresas (ou várias equipes em uma mesma organização) competem para produzir soluções inovadoras para um mesmo problema do cliente, não as queremos focadas na mesma abordagem.

Além disso, a tentativa de eliminar o ruído poderia solapar o moral e passar a sensação de que as pessoas estão sendo tratadas como engrenagens em uma máquina²⁷. Por isso, o uso de algoritmos em julgamentos suscita diversas preocupações. Há, por exemplo, risco de modelos matemáticos aumentarem a discriminação com base na raça, no gênero ou contra membros de grupos desfavorecidos (p. ex., como criar critérios mais rígidos para a concessão da liberdade provisória a acusados afrodescendentes, pobres e moradores da periferia, ou impor dificuldades para a contratação de mulheres de determinada faixa etária e que poderiam engravidar). Um algoritmo mal construído pode levar a erros tolos que julgamentos humanos provavelmente não cometeriam. Tais críticas, contudo, não devem inibir a necessidade de construção de

modelos matemáticos, imparciais, precisos, íntegros e éticos, que podem auxiliar em julgamentos humanos.

Um pouco de ruído talvez seja saudável e mesmo inevitável. Afinal, o efeito colateral necessário de um sistema mais justo de apuração, que leva em conta os casos individualizados, não trata as pessoas como engrenagens em uma máquina e confere ao tomador de decisão a sensação de liberdade de ação²⁸. Um pouco de ruído pode ser até desejável, se a variação produzida capacita o sistema a se adaptar com o tempo, como em situações em que a mudança dos valores morais desencadeia um debate que leva a alteração na práxis ou na lei.

Entretanto, quando se trata de analisar os julgamentos profissionais na área jurídica, alguns níveis de ruído são inaceitáveis (como a elevada discrepância na aplicação de pena para o mesmo tipo penal, que punem mais severamente réus negros, em razão do racismo estrutural presente em estereótipos e preconceitos largamente reproduzidos²⁹), o que exige um cuidado em relação aos ruídos sistemáticos, que comprometem a justiça dos julgamentos.

Além dos erros sistemáticos, há os *ruídos de ocasião*, causados por incontáveis gatilhos, incluindo humor, cansaço, clima, efeitos de sequência: muitos fatores desencadeiam variações indesejadas no julgamento feito sobre um mesmo caso pela mesma pessoa³⁰. Fatores pequenos e aparentemente aleatórios podem gerar diferenças enormes nos resultados dos julgamentos. Por exemplo, descobriu-se que os juízes apresentavam maior tendência a conceder redução de sentença no começo do dia ou após uma pausa para o lanche do que imediatamente antes dessa pausa. “Juízes com fome são mais inclementes”.

O humor também interfere nos julgamentos, pois pessoas de bom humor são, de um modo geral, positivas³¹. Elas ainda têm mais facilidade de recordar lembranças felizes do que tristes, são menos críticas

Descobriu-se
que os juízes
apresentavam
maior tendência a
conceder redução
de sentença no
começo do dia ou
após uma pausa
para o lanche do
que imediatamente
antes dessa pausa.
“Juízes com
fome são mais
inclementes”

em relação aos outros e mais generosas. Já o humor negativo tem efeito contrário. Portanto, o humor tem uma influência mensurável no que você pensa: o que nota no seu ambiente, as coisas que puxa da memória, como interpreta sinais etc. Logo, o humor tem outro efeito mais surpreendente: ele muda a forma como pensamos. Estudos de psicologia comportamental revelam, por exemplo, que os juízes tomavam decisões mais austeras na segunda-feira (e mais brandas ao longo da semana), quando seu time do coração fora derrotado no fim de semana. Réus negros sofrem um impacto desproporcional desse aumento de austeridade.

Ademais, mesmo algo tão irrelevante quanto o clima pode influenciar a decisão judicial³². Nos Estados Unidos, uma pesquisa com 207 mil decisões judiciais de imigração, ao longo de quatro anos, mostrou um efeito significativo das variações diárias de temperatura: quando faz muito calor, as chances de obter asilo são menores. “Se a pessoa sofre perseguição política em seu país e pede asilo a outro, é bom torcer para a audiência cair em um dia fresco e agradável.”

Outra fonte de variabilidade aleatória no julgamento é a ordem em que os casos são apresentados³³. Quando um juiz criminal examina um caso, os precedentes servem como referencial implícito imediato. “Uma série de decisões em sucessão inclinam-se pelo restabelecimento de uma forma de equilíbrio: após uma sequência de decisões na mesma direção, aumenta a tendência a decidir em direção contrária à que seria estritamente justificada. Como resultado, erros (e injustiças) são inevitáveis. Decisões de asilo nos Estados Unidos, por exemplo, revelam chance 19% menor de concessão quando os dois pedidos precedentes foram aprovados.”

Para a redução de ruído sistemático, Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein sugerem o *método de higiene da decisão*³⁴. Como já anunciado, eles fazem analogia com a lavagem das mãos: quando se lavam as mãos, não se sabe precisamente quais micróbios se está evitando; sabe-se apenas que fazer isso é uma boa prevenção contra uma variedade de germes. De modo similar, seguir os princípios da higiene da decisão significa adotar técnicas redutoras de ruído sem conhecer os erros subjacentes que ela ajuda a evitar. Para tanto,

deve-se sequenciar as informações para limitar a formação de intuições prematuras. Em todo julgamento, parte das informações é relevante, enquanto outra parte não é. Mais informações nem sempre é melhor, especialmente se têm o potencial de enviesar o julgamento, induzindo o juiz a formar uma intuição prematura.

Nos Estados Unidos, para combater a variabilidade injustificada (ruído sistêmico) na dosimetria das penas, o Congresso aprovou a Lei de Reforma das Sentenças de 1984³⁵. Tal legislação se destinava a atacar o problema do ruído no sistema restringindo “o poder discricionário irrestrito que a lei confere a esses juízes e comitês de redução de pena responsáveis por impor e implementar tais sentenças”. Os membros do Congresso se referiram a uma disparidade penal “injustificadamente ampla”, citando o exemplo da cidade de Nova York, onde a pena por casos idênticos podia variar de três a vinte anos de prisão. A Lei de Reforma das Sentenças criou a Comissão de Sentenças dos Estados Unidos, cuja principal função era produzir diretrizes que fossem obrigatórias e estabelecessem um alcance restrito para as sentenças criminais.

Embora fossem obrigatórias, as diretrizes não eram totalmente rígidas. Elas proporcionam significativa margem de manobra para os juízes. Apesar disso, estudos demonstraram que as diretrizes diminuíram o ruído sistêmico.

No entanto, tais diretrizes sofreram diversas críticas, porque tornavam o processo decisório mecânico e dificultavam a análise das complexidades do caso individual³⁶. Em 2005, a Suprema Corte dos Estados Unidos retirou o caráter obrigatório dessas diretrizes, que passaram a ter caráter apenas orientador.

Estudos posteriores à referida decisão da Suprema Corte revelaram que as disparidades entre juízes aumentavam de maneira significativa após 2005³⁷. Quando as diretrizes eram obrigatórias, réus condenados por um juiz relativamente austero recebiam sentença 2,8 meses maior do que a dada por um juiz médio. Quando as diretrizes passaram a ser apenas uma orientação, a disparidade dobrou. Depois que as diretrizes passaram a ser facultativas, os juízes ficaram mais propensos a basear suas decisões em seus valores pessoais. A obrigatoriedade reduzia tanto o viés como o ruído. Houve significativo aumento de disparidade nas

sentenças de réus afro-americanos e brancos condenados pelos mesmos crimes.

De qualquer modo, a discordância é inevitável onde quer que haja julgamento envolvido³⁸. Julgar é uma tarefa difícil, porque o mundo é complexo e incerto. Essa dificuldade se revela nas situações que exigem julgamentos profissionais, como as realizadas pelo Poder Judiciário. Também é importante considerar que “o ser humano se sente melhor em relação a si mesmo e a sua capacidade de fazer julgamentos quando inventa e aplica regras complexas ou quando suas impressões tornam um caso individual diferente dos outros – em suma, quando faz julgamentos que não são redutíveis a uma mera operação de médias ponderadas”³⁹.

Portanto, a neurociência abre espaço para que temas como as heurísticas, vieses cognitivos e ruídos sistêmicos possam ser mais estudados com a finalidade de aperfeiçoar os julgamentos, e diminuir os preconceitos, estereótipos e discriminações injustas, o que é indispensável para que a realização da justiça se aproxime da concretização dos valores éticos necessários para promover a dignidade humana e o sentido de comunidade.

Notas

1. Eduardo Cambi. Promotor de Justiça. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Presidente do Colégio de Diretores de Escolas do Ministério Público brasileiro (CDEMP). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutor pela Università degli Studi di Pavia. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídica. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. E-mail: eascambi@mppr.mp.br.
2. Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein. *Ruído. Uma falha no julgamento humano*, p. 56.
3. *Idem*, p. 505.
4. *Idem*, p. 59.
5. Daniel Kahneman. *Rápido e devagar. Duas formas de pensar*, p. 66 e seg.
6. Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein. *Ruído. Uma falha no julgamento humano*, p. 303.

7. *Idem*, p. 228.
8. *Idem*, p. 232.
9. Richard H. Thaler e Cass R. Sustein. *Nudge. Como tomar decisões melhores sobre saúde, dinheiro e felicidade*, p. 33-37.
10. Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein. *Ruído. Uma falha no julgamento humano*, p. 237.
11. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Protocolo de Julgamento na perspectiva de gênero. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em 25 de jan. de 2022.
12. Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein. *Ruído. Uma falha no julgamento humano*, p. 236.
13. *Idem, Ibidem*.
14. *Idem*, p. 241.
15. *Idem*, p. 29.
16. *Idem*, p. 305.
17. *Idem, Ibidem*.
18. *Idem*, p. 71.
19. *Idem*, p. 512.
20. *Idem*, p. 19.
21. *Idem*, p. 20.
22. *Idem*, p. 20-21.
23. *Idem*, p. 336.
24. *Idem*, p. 20-21.
25. *Idem*, p. 15.
26. *Idem*, p. 39.
27. *Idem*, p. 16.
28. *Idem*, p. 525.
29. De acordo com o Infopen, sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro desenvolvido pelo Ministério da Justiça, “as políticas de encarceramento e aumento de pena se voltam, via de regra, contra a população negra e pobre. Entre os presos, 61,7% são pretos ou pardos. Vale lembrar que 53,63% da população brasileira têm essa característica. Os brancos, inversamente, são 37,22% dos presos, enquanto são 45,48% na população em geral” (BRASIL, Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em 25 de jan. de 2022).
30. Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein. *Ruído. Uma falha no julgamento humano*, p. 129.
31. *Idem*, p. 122.
32. *Idem*, p. 23.
33. *Idem*, p. 126-127.

34. *Idem*, p. 339.
35. *Idem*, p. 25.
36. *Idem*, p. 27.
37. *Idem*, p. 28.
38. *Idem*, p. 29.
39. *Idem*, p. 167.

Referências

- BRASIL, Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em 25 de jan. de 2022.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Protocolo de Julgamento na perspectiva de gênero. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em 25 de jan. de 2022.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar. Duas formas de pensar* [Versão on-line]. Trad. de Cássio de Arantes. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.
- _____; SIBONY, Olivier; SUSTEIN, Cass R. *Ruído. Uma falha no julgamento humano [versão on-line]*. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.
- THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge. Como tomar decisões melhores sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Trad. de Ângela Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

A capacidade dos animais de ser parte em demandas judiciais – uma análise a partir da perspectiva jurisprudencial de direito comparado e de recentes decisões judiciais brasileiras

Marcel Guimarães Rotoli de Macedo¹

Juiz de Direito Substituto de 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná

Resumo: Hodiernamente, muito tem se falado, debatido e dissertado a respeito da capacidade de os animais figurarem como partes em litígios judiciais, mormente em tempos como estes em que os animais e, nesse articular, os de estimação, vêm ocupando lugar de destaque nas famílias, nos lares, nos abrigos, nos ambientes hospitalares e até mesmo em locais de trabalho, figurando como seres sencientes dignos, portanto, de uma atenção voltada para a garantia de seus direitos, dentre os quais o de acesso ao Judiciário na qualidade de partes. Diante disso, o presente artigo tem a finalidade de fomentar o debate em torno do assunto, demonstrando inclusive casos paradigmáticos de cortes judiciais de diversos países que estão caminhando para o reconhecimento do direito de os animais figurarem como partes em demandas judiciais, inclusive em alguns casos da justiça brasileira que, ainda um tanto acanhada, vai no mesmo sentido de reconhecer a importância e a necessidade de se garantir aos animais o acesso pleno ao Judiciário na qualidade de partes.

1. Introdução

A CAPACIDADE DE SER PARTE, compreendida como pressuposto processual de existência, por si só não tem sido objeto de grandes debates entre processualistas e operadores do direito, notadamente em razão de que as teorias, os fundamentos normativos, a jurisprudência e a própria doutrina, de um modo geral, têm explicado de modo satisfatório as dúvidas e indagações eventualmente surgidas em torno do assunto.

Nas palavras do festejado professor da Universidade Federal do Paraná e juiz federal Vicente de Paula Ataíde Junior, citando o doutrinador Fredie Didier Jr., “talvez essa desimportância da categoria seja resultado da sua parca manifestação empírica, como um ‘falso problema’, existente apenas para resolver os casos de demandas formuladas por ou em face de pessoa já falecida”².

Contudo, é bom que se diga, essa aparente desimportância perde sua força em virtude do atual fenômeno denominado “judicialização terciária do Direito Animal”, ou seja, da existência de animais litigando em juízo, em nome próprio, seus direitos subjetivos amplamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico³.

E essa discussão existente em torno deste assunto é exatamente em face da possibilidade, ou não, de os animais constarem como partes nas demandas judiciais. Com outras palavras, pergunta-se: *pode um animal vítima de violência ou de maus tratos postular, em nome próprio (devidamente representado), uma indenização contra o suposto agressor?*

Adiante-se que o presente artigo, sem a pretensão de esgotar o assunto, uma vez que complexo e ainda não pacificado, tem por objetivo responder a pergunta acima enaltecida, e não apenas isso, como também fomentar o debate e a discussão doutrinária, legal e jurisprudencial em torno da temática.

O Poder Judiciário brasileiro, por sua vez, tem se mostrado um tanto resistente em admitir que os animais possam figurar como partes nas ações judiciais, sob o fundamento de que a legislação processualista brasileira não contempla(ria) a capacidade dos animais.

No entanto, não se pode deixar de consignar alguns importantes precedentes do direito comparado como da *Argentina, Colômbia* e ou-

tros países que têm admitido os animais como parte litigantes, bem como recentes decisões proferidas pela Justiça brasileira, as quais, a nosso entender, caminham, ainda que lentamente, a admitirem os animais como litigantes em processos judiciais.

Diante de tal panorama, e sem a ilusória pretensão de apresentar a única solução adequada, como assinalado anteriormente, o propósito do presente artigo é demonstrar a importância de que o assunto se reveste nos dias atuais e, por conseguinte, fomentar o debate acadêmico e jurisprudencial, sobretudo em tempos onde os animais não são considerados como meras “coisas” e sim “*sujeitos de direito não humanos*”, ou ainda como “*seres sencientes*”, para ao final concluir que são, por essa razão, legítimos detentores de capacidade plena para estarem em juízo (em nome próprio) defendendo seus direitos e garantias fundamentais constitucionais, desde que devidamente representados.

Para isso, o presente estudo foi elaborado em três partes.

A primeira parte tem a função de introduzir o tema e situar o leitor acerca da discussão estabelecida, em especial para demonstrar a importância e o relevo da temática que, para alguns menos incautos, pode parecer desrevestida de importância e relevo. Outrossim, buscar-se-á demonstrar que o Decreto-Lei 24.645/34, o qual possui força de lei ordinária, continua em pleno vigor em nosso país, de modo a concluir que a capacidade de ser parte dos animais é prevista em nossa legislação, conferindo assim a possibilidade destes demandarem em juízo em nome próprio.

A segunda parte tem por objeto analisar a jurisprudência e sobretudo como esta tem caminhado nesse aspecto, traçando um paralelo com os precedentes de direito comparado e algumas recentes decisões proferidas pela Justiça pátria, bem como apresentar as novas tendências legislativas em torno do assunto.

Pode um animal vítima de violência ou de maus tratos postular, em nome próprio (devidamente representado), uma indenização contra o suposto agressor?

A terceira e última parte tem como escopo a conclusão das ideias lançadas, em especial para levar o leitor a compreender, na essência, a importância do debate nas esferas processual e constitucional, bem assim a necessidade urgente de caminharmos para um tempo em que os animais verdadeiramente ocupem o seu lugar no mundo dos fatos e do direito, não como meras “*coisas*” apenas lembradas e defendidas em debates e reuniões de cunho protetivo às causas animais e naturais, e sim como sujeitos de direito na sua dimensão plena, com total acesso ao Poder Judiciário na qualidade de partes para o fim de defenderem seus direitos, sem prejuízo da necessária representação.

2. Breves apontamentos iniciais

A importância do tema objeto do presente artigo decorre do fato de que, na sociedade contemporânea, cada vez mais pessoas, casais e famílias “adotam” um animal(*zinho*) de estimação, denominados de “*pets*”, os quais, na sua enorme maioria, são considerados como membros da própria família, proporcionadores e destinatários de afeto, carinho e amor.

A própria Declaração de Toulon, proclamada oficialmente em 29 de março de 2019 – durante sessão solene do Seminário sobre a “*personalidade jurídica do animal*”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Toulon (França) –, dentre outras inovações, previu que de uma maneira universal, os animais devem ser considerados tal como pessoas, e não coisas, além de que, por consequência, a qualidade de pessoa no sentido jurídico deve ser reconhecida aos animais. Declarou-se, ainda, na oportunidade que os animais devem ser considerados como pessoas físicas não-humanas e, no que mais importa: o reconhecimento da personalidade jurídica do animal se apresenta como uma etapa indispensável à coerência dos sistemas jurídicos mundiais. Por fim, concluiu-se na oportunidade que aos olhos do direito, a situação jurídica do animal mudará pela sua elevação ao nível de sujeito de direito⁴.

Diante desse panorama de proteção e defesa aos animais, e não obstante os que militam em sentido contrário, o próprio Superior Tribunal de Justiça, em julgados recentes, tem afastado ideias que defendem um grau de “menor importância” às demandas relativas aos animais de estimação ou, ainda, que tal discussão se trata de mera futilidade a ocupar o tempo das cortes brasileiras.

Sobre o tema, transcrevo excertos do voto brilhante proferido pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, por ocasião do julgamento do REsp 1713167/SP:

É cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII – “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”) (STJ – REsp: 1713167/SP 2017/0239804-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de julgamento: 19/06/2018, T- 4 – Quarta Turma, DJE: 09/10/2018).

No que diz respeito à natureza dos animais de estimação, confira-se partes do r. julgado acima citado:

Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais –, também devem ter o seu bem-estar considerado (STJ – REsp: 1713167/SP 2017/0239804-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de julgamento: 19/06/2018, T-4 – Quarta Turma, DJE: 09/10/2018).

Nesse viés, o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, em julgamento histórico sobre a prática da “vaquejada”, consignou em voto vista com a técnica e precisão que lhe é peculiar: “a vi-

são trazida pelo Código Civil de que os animais são '*bens suscetíveis de movimento próprio*' de há muito encontra-se ultrapassada, revelando-se, pois, uma visão mais antiga, marcada pelo especismo, a qual comporta revisão"⁵.

Sobre o mesmo caso paradigmático, a ministra do Tribunal Constitucional brasileiro Rosa Weber, com a mesma precisão também disserta que "a Constituição, no seu artigo 225, § 1º, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada".

Ademais, como corolário lógico da tradição ocidental Judaico-Cristã, conforme profundamente abordado nas obras clássicas do teólogo e filósofo Santo Agostinho, o direito não deve ser revelado apenas à uma casta social, mas para todos os seres, cuja legitimidade decorre não apenas da legislação positiva estatal, como também do direito natural, e até mesmo da constatação bíblica que, no seu livro preambular (*Genesis*), revelou as providências determinadas por Deus para a proteção e perpetuação dos animais na conhecida história "*Arca de Noé*" para enfrentamento do dilúvio e para o fim de preservação e perpetuação das espécies.

De tamanha importância se reveste o tema que não passou despercebido pelo legislador constituinte brasileiro, o qual também previu constitucionalmente uma mudança paradigmática no que diz respeito à necessidade de preservação e proteção dos animais por todos, dispondo no art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal de 1988:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Dessa forma, os animais passaram a ser entendidos, em nosso sistema normativo-jurídico, em especial após a promulgação da carta política de 1988, como seres sencientes, dignos de proteção no âmbito da ordem jurídica, além de beneficiários legítimos e diretos da tutela judicial, como decorrência lógica dos direitos fundamentais na medida em que, segundo alguns doutrinadores constitucionalistas, são os destinatários dos direitos e garantias da chamada 4ª dimensão/geração dos direitos fundamentais⁶.

Além disso, é bom que se diga, mesmo após a promulgação da constituição vigente, o legislador infraconstitucional já havia se antecipado quanto à necessidade de proteção especial dos animais, sendo em 1934 publicado o Decreto-lei 24.645/34, que previa, inclusive, a legitimidade do Ministério Público e de entidades protetoras dos animais para assisti-los em juízo, conforme preceitua o § 3º do art. 2º do referido diploma⁷.

É de bom alvitre pontuar, também, que o Decreto-lei 24.645/34, como um todo, é o primeiro Estatuto Jurídico Geral do Direito Animal Brasileiro, que revela normas jurídicas de natureza penal, processual, administrativa/ambiental/animal, porém todas reservadas à lei em sentido formal⁸.

Ocorre que, nos tempos presentes, muito se discutiu acerca da vigência desta vetusta legislação. Isso porque, em 18 de janeiro de 1991, o Chefe do Poder Executivo à época editou o Decreto 11/1991, por meio do qual revogavam-se diversos atos governamentais promulgados por governos anteriores, dentre eles o Decreto 24.645/34, o qual foi editado durante o governo de Getúlio Vargas.

Entretanto, válido ressaltar, nas palavras de Vicente Ataíde Jr., que *“o Decreto 24.645/34 não foi editado como simples decreto regulamentar, como se tivesse natureza de ato administrativo, hierarquicamente inferior, mas como verdadeira lei ordinária, dotada de autonomia própria, estipulando direitos e deveres”*⁹.

Além disso, como é de conhecimento, a lei ocupa uma posição hierárquica superior ao decreto regulamentar, na medida em que, sendo considerada como fonte primária do direito, inova na ordem jurídica, ao passo que o decreto regulamentar, sendo compreendido como fonte secundária, encontra seu fundamento de validade na própria lei¹⁰.

Inobstante a terminologia empregada (Decreto-Lei) só tenha surgido no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal outorgada de 1937 (arts. 12 e 13), torna-se evidente que se trata de ato emanado do Poder Executivo, quando este acumula funções do legislativo, de modo que há correspondência conceitual entre o dispositivo em análise e a definição de Decreto-Lei. Desta maneira, e em perfeita sintonia com a melhor técnica de construção legislativa, o mais correto seria denominá-lo de Decreto-Lei 24.645/34.

Os animais passaram a ser entendidos, em nosso sistema normativo-jurídico, em especial após a promulgação da carta política de 1988, como seres sencientes, dignos de proteção no âmbito da ordem jurídica

Todavia, é preciso pontuar que essa disparidade terminológica e de técnica de construção e inovação legislativa não se mostra de todo mais importante, mormente quando se trata do tema relativo à vigência deste diploma nos dias de hoje, nem

tampouco quanto à sua caracterização como lei autêntica.

José Henrique Pierangeli, citado por Vicente Ataíde Jr. e Heron Gordilho, em parecer confeccionado a respeito da vigência do Decreto 24.645/34, ensina que “a lei nova recepciona conceitos e definições que não foram expressamente – e que só por essa forma poderiam sê-lo –, revogados”¹¹.

Nesse viés, é de se ressaltar que outra não foi a conclusão apresentada pelo promotor de justiça Laerte Levai, ao ponderar que, “com exceção feita ao superado sistema de penas ali previsto, o Decreto 24.645/1934 não foi revogado por nenhuma lei posterior, nem expressa, nem tacitamente”¹².

Ademais disso, talvez a maior prova de que a referida legislação encontra-se em plena vigência em nosso sistema jurídico-normativo

decorre do fato de que em 2009 o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial 111.591-6/MG, decidiu pela sua aplicabilidade naquele caso em que se impedia o uso de gás asfixiante no abate de cães, método considerado cruel.

O próprio Supremo Tribunal Federal utilizou suas disposições para fundamentar importante decisão proferida na ADIn 1.856-6/RJ, na qual figurou como relator o ministro Carlos Velloso, quando declarada a inconstitucionalidade da lei que regulamentou a rinha de galos no Estado do Rio de Janeiro.

Portanto, é indene de dúvida o fato de que o Decreto-Lei 24.645/34, que inclusive possui força de lei ordinária, continua em pleno vigor, seja pelo fato de que nenhuma lei federal posterior o revogou, seja também porque os tribunais superiores (STJ e STF), como visto acima, aplicaram suas disposições em casos concretos julgados recentemente.

Desta maneira, tendo em vista o reconhecimento da vigência do Decreto 24.645/34, ao menos no que tange às cláusulas não penais, é possível afirmar seguramente que, no Brasil, a capacidade dos animais de ser parte é legitimamente prevista em lei, contemplando a possibilidade destes demandarem seus direitos e garantias em juízo em nome próprio, desde que obviamente devidamente representados¹³.

3. Precedentes de direito comparado, decisões nacionais e novas tendências legislativas

Ao olhar para o direito comparado, pode-se observar um grande avanço sobre o tema, em especial em países da América do Sul, onde os precedentes caminham para uma consolidação no sentido de permitir aos animais figurarem como partes nos litígios judiciais. Assim, passa-se a expor alguns casos paradigmáticos.

Na Argentina, em 21 de outubro de 2015, no caso denominado *Sandra v. Zoológico de Buenos Aires*, a magistrada Elena Libertori concedeu ordem de *habeas corpus*, a fim de determinar que a orangotango fêmea, de nome *Sandra*, fosse enviada para um Centro de Grandes

Primatas, localizado na Flórida, Estados Unidos da América, reconhecendo, expressamente, que ela era uma *pessoa não humana*¹⁴.

Outro precedente argentino que merece destaque é o caso *Cecília v. Zoológico de Mendoza* (2016), no qual foi reconhecido que a chimpanzé fêmea, de nome *Cecília*, era titular do direito de liberdade corporal, concedendo ordem de *habeas corpus* para que o animal fosse transferido para um santuário no Brasil¹⁵.

Na Colômbia, em 26 de julho de 2017, a Suprema Corte de Justiça, no caso *Chucho v. Zoo Barranquilla*, decidiu, por meio do voto do ministro relator Luiz Armando Villanova, que o urso de óculos, conhecido como *Chucho*, era uma *pessoa não humana*, titular do direito de liberdade corporal, determinando a sua transferência do Zoológico de Barranquilla para uma reserva de vida selvagem¹⁶.

A seguir, cabe destacar alguns julgados brasileiros sobre o tema, cabendo salientar, nesse viés, que a jurisprudência pátria caminha ainda a passos lentos.

Primeiramente, destaca-se o paradigmático caso, conhecido como *Suíça v. Gavazza*, considerado por assim dizer o primeiro precedente judicial no Brasil em que um *animal* foi reconhecido por um tribunal como sujeito de direito dotado da capacidade de ser parte¹⁷.

Por oportuno, segue um breve resumo do caso, contido em artigo escrito pelo juiz federal da 4ª Região e professor da Universidade Federal do Paraná Vicente de Paula Ataíde Jr., em coautoria com o professor da Universidade Federal da Bahia Dr. Heron Gordilho¹⁸:

Em 19 de setembro de 2005, um grupo formado por membros do Ministério Público, sociedades protetoras, professores e estudantes de direito impetrou um *habeas corpus* na 9ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, Estado da Bahia, em favor da chimpanzé-fêmea de nome “Suíça”, que vivia em uma jaula do Zoológico Público daquela cidade.

O Juiz de Direito Edmundo da Cruz, no dia 27 do mesmo mês, aceitou o writ, intimando o diretor do zoológico, Telmo Gavazza, para prestar informações sobre a situação do animal, na condição de autoridade coatora.

Ao aceitar o writ determinar a notificação da autoridade coatora, quando todos esperavam que ele indeferisse liminarmente a ação judicial, o juiz brasileiro rompeu com uma forte tradição jurídica, de inspiração kantiana,⁷ criando o primeiro precedente judicial do mundo moderno, no qual um animal estabelece uma relação jurídica processual (direito de ação) com um ser humano, na condição de autor e titular de um direito material (o direito de liberdade corporal ou direito de ir e vir).

É que no *habeas corpus*, o titular do direito é o próprio paciente e, embora a chimpanzé-fêmea Suíça tenha falecido antes do julgamento do pedido,⁹ na decisão que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, pela perda do objeto ou do interesse processual, o juiz Edmundo Cruz reafirmou a possibilidade de um chimpanzé ser sujeito de direito, sob o fundamento de que o Direito não pode ser estático e que deve evoluir de acordo com os novos valores sociais.

Mais recentemente (2020), novamente a justiça baiana, na ação denominada *Diego e outros v. Barcino*, em que 23 gatos – representados pela guardiã C.O. – ingressaram com ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por dano moral, em face de uma empresa de construção civil, tendo na ocasião o eminente juiz de direito Érico Vieira recebido a petição inicial e determinado a citação do réu para apresentar defesa, em 15 dias, reconhecendo, assim, ainda que tacitamente, a tese de que os animais são sujeitos de direito, inclusive com capacidade para estarem em juízo, através de representação processual¹⁹.

Recentemente, em 2021, outro caso paradigmático foi objeto de julgamento na 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná²⁰, ocasião em que atuei na qualidade de relator convocado em substituição ao relator natural do recurso de Agravo de Instrumento 0059204-56.2020.8.16.0000.

Confira-se, por oportuno, a informação acerca do julgado trazida no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Decisão: Publicado acórdão que reconhece capacidade de cães serem parte em processo

Animais e ONG que fez o resgate ajuizaram ação de reparação de danos em face dos antigos tutores

O acórdão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) que reconhece a capacidade de animais serem parte em processos judiciais foi publicado na quinta-feira. O relator do recurso, Juiz Substituto em Segundo Grau Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, destacou na decisão: “Os animais, enquanto sujeitos de direitos subjetivos, são dotados da capacidade de ser parte em juízo (personalidade judiciária), cuja legitimidade decorre não apenas do direito natural, como também do direito positivo estatal.”

O recurso foi julgado em sessão realizada em 14 de setembro e o voto do relator foi acompanhado pela Juíza Substituta em Segundo Grau Fabiana Silveira Karam e pelo Desembargador D’Artagnan Serpa Sá, que participaram do julgamento. A Dra. Karam declarou em seu voto: “Eu diria, jamais de forma injustificada, que, além das formas, o amor prevalece”. No mesmo sentido, pontuou o Desembargador D’Artagnan: “Reconhece-se a importância do animal não humano como indivíduo, vez que seu sofrimento, físico ou mental, importa por si só, como ser senciente que reconhecidamente é, tanto pela legislação como pela doutrina e jurisprudência, carecendo, portanto, de amparo a sua dignidade assim como proteção a qualquer crueldade, em respeito ao mandamento constitucional.”

A ação originária foi ajuizada em agosto de 2020 pelos cães Spyke e Rambo e a Organização não Governamental (ONG) que os resgatou. Na petição inicial, foi relatado que os animais estavam há 29 dias sozinhos no imóvel, pois os tutores estavam viajando. Segundo a petição, poucas vezes alguém apareceu para fornecer água e alimento aos cães. Preocupados, os vizinhos passaram a alimentar os animais e chamaram a ONG e a Polícia Militar para verificar a situação. Os dois animais foram resgatados pela Organização e

levados a uma clínica veterinária, onde foi constatado que o cão Spike estava com lesões e feridas.

Diante dos fatos relatados, a ONG e os cachorros ajuizaram a ação de reparação de danos em face de seus antigos tutores, solicitando que os cães fossem reconhecidos como parte autora do processo. Pediram, também, o ressarcimento dos valores gastos pela ONG, além da condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais, pelo sofrimento causado, e uma pensão mensal aos animais, até que eles passem para a guarda definitiva da ONG.

Ao apreciar a demanda, o Juízo de Primeiro Grau extinguiu a ação sem resolução de mérito em relação aos cachorros Spyke e Rambo, por entender que não possuem capacidade de ser parte em um processo. Os autores da ação recorreram, mediante recurso de agravo de instrumento, solicitando a reforma da decisão pelo TJPR, tendo a 7ª Câmara Cível reconhecido os cães como parte autora.

A ação de reparação de danos continua tramitando e os pedidos formulados pelas partes serão analisados pelo Juízo de Primeiro Grau, seguindo o rito processual.

Registre-se, por oportuno, ainda que tais julgados não possam ser considerados como precedentes em seu termo técnico, eles revelam uma certa tendência da justiça brasileira quanto ao acolhimento da tese de capacidade processual dos animais, a exemplo dos julgados acima enaltecidos.

Nesse sentido, é válido mencionar, ainda, as novas tendências legislativas sobre a temática, das quais cabe destacar o Projeto de Lei 145/2021, A Lei 12.854/03, que instituiu o Código Estadual de Proteção aos Animais do Estado de Santa Catarina, o Código de Direito e Bem-estar animal do Estado da Paraíba, o Código Estadual do Meio Ambiente – Lei 15.434/20 do Estado do Rio Grande do Sul e, ainda, a Lei 23.724 do Estado de Minas Gerais.

O Projeto de Lei 145/2021, de iniciativa do deputado federal Eduardo Costa (PTB/PA), protocolado na Câmara dos Deputados em fevereiro de 2021, que, atualmente, aguarda parecer do relator na Comissão de

Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS), “disciplina a capacidade de ser parte dos animais não humanos em processos judiciais e inclui o inciso XII ao art. 75 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, para determinar quem poderá representar animais em juízo”²¹.

Confira-se a redação do projeto em questão:

Artigo 1º – Os animais não-humanos têm capacidade de ser parte em processos judiciais para a tutela jurisdicional de seus direitos. Parágrafo único. A tutela jurisdicional individual dos animais prevista no caput deste artigo não exclui a sua tutela jurisdicional coletiva.

Artigo 2º – O artigo 75 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil passa a vigorar acrescido do inciso XII, com a seguinte redação:

Artigo 75

XII – os animais não-humanos, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pelas associações de proteção dos animais ou por aqueles que detenham sua tutela ou guarda.

Artigo 3º – Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Artigo 4º – Revogam-se as disposições em contrário.

Ademais, cabe mencionar, como reforço argumentativo, a justificativa da parte final do referido projeto de lei²²:

Se até uma pessoa jurídica, que muitas vezes não passa de uma folha de papel arquivada nos registros de uma Junta Comercial, possui capacidade para estar em juízo, inclusive para ser indenizada por danos morais, parece fora de propósito negar essa possibilidade para que animais possam ser tutelados pelo Judiciário caso sejam vítimas de ações ilícitas praticadas por seres humanos ou pessoas jurídicas.

Com a aprovação deste projeto de lei, o Congresso Nacional pacificará essas questões processuais, possibilitando uma ampliação significativa da tutela jurisdicional dos animais, o que refletirá na

proteção jurídica ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é um direito fundamental de todos, conforme estabelecido no art. 225 da Constituição Federal.

A Lei 12.854/03, que instituiu o Código Estadual de Proteção aos Animais do Estado de Santa Catarina, por meio do disposto no art. 34-A, reconheceu cães e gatos como seres sencientes e elevados à categoria de sujeitos de direitos fundamentais²³.

Posteriormente, referidos direitos subjetivos fundamentais foram elencados no art. 5º do Código de Direito e Bem-estar animal do Estado da Paraíba, instituído pela Lei 11.140/18²⁴.

É oportuno destacar que, de forma mais abrangente, o Estado do Rio Grande do Sul, ao instituir o Código Estadual do Meio Ambiente – Lei 15.434/2020, estabeleceu regime jurídico especial aos animais domésticos de estimação, não só os elevando a categoria de sujeitos de direitos despersonalizados como, também, proibindo expressamente seu tratamento como coisa, em razão da sciência²⁵.

Recentemente, no Estado de Minas Gerais, foi promulgada a Lei 23.724, que incluiu o parágrafo único ao art. 1º da Lei 22.231/16 para expressamente estabelecer que “os animais são reconhecidos como seres sencientes, sujeitos de direito despersonalizados, fazendo jus a tutela jurisdicional em caso de violação de seus direitos, ressalvadas as exceções previstas na legislação específica”.

Ainda mais recentemente, foi editada a Lei 3.917, de 20 de dezembro de 2021, do município de São José dos Pinhais (PR), que “*institui a Política Municipal de Proteção e Atendimento aos Direitos Animais*”, aprovada à unanimidade pela Câmara Municipal, sancionada sem vetos pela prefeita e publicada no Diário Oficial Eletrônico de 30 de de-

Tem-se que os animais, enquanto sujeitos de direitos subjetivos, são dotados da capacidade de ser parte em juízo (personalidade judiciária), cuja legitimidade decorre não apenas do direito natural, como também do próprio direito positivo

zembro de 2021, com previsão de vigência na data de sua publicação oficial.

Referida legislação municipal, nas palavras do professor Vicente de Paula Ataíde Jr.²⁶, se apresenta como a mais avançada do Brasil sobre os direitos dos animais, sobretudo em razão de que “esses dispositivos legais servem para reafirmar as bases estruturantes do direito animal municipal: reafirma-se a interdição constitucional às práticas cruéis contra animais e o reconhecimento da dignidade animal, como decorrência da sua consciência (da qual decorre a sciência, enquanto capacidade de sentir e de sofrer), conduzindo-os à sua inclusão em nossa comunidade moral e jurídica como *sujeitos de direitos*”.

Dessa forma, tem-se que os animais, enquanto sujeitos de direitos subjetivos, são dotados da capacidade de ser parte em juízo (personalidade judiciária), cuja legitimidade decorre não apenas do direito natural, como também do próprio direito positivo, consoante expressa previsão do art. 2º, § 3º, do Decreto 24.645/34, além da previsão expressa na declaração de Toulon (França) em 2019, como também em decorrência dos direitos e garantias fundamentais, conforme, inclusive, tem sido reconhecido em decisões judiciais inéditas não só no Brasil como em outros países, além das recentes tendências e inovações legislativas no Brasil em torno do assunto.

4. Considerações finais

A capacidade dos animais de ser parte em ações judiciais, certamente ainda será objeto de muitas e acaloradas discussões tanto na esfera acadêmica, como doutrinária e jurisprudencial, em especial devido a importância dada atualmente aos animais nas mais diversas relações pessoais, sociais, afetivas e profissionais.

Em linhas derradeiras, não se pode deixar de destacar que a capacidade dos animais e, mais do que isso, a permissão para que possam participar ativamente do processo judicial, defendendo seus mais variados direitos – em especial os fundamentais e inerentes a todos os sujeitos de direitos – é, nas objetivas conclusões do professor Vicente Ataíde Jr.

“substituir o ego pelo eco. É, talvez, impedir que a arrogância humana sepulte a todos, com ou sem pandemias²⁷”.

Inequivocamente, vale lembrar – ainda que com as obviedades necessárias – que a tese aqui defendida não se confunde com a *capacidade de os animais (per si) irem a juízo*. Isso porque, considerando-os como seres *absolutamente incapazes*, haja vista não disporem de meios para exercerem diretamente qualquer ato da vida civil, somente poderão ser admitidos em juízo *mediante representação*.

Diante do exposto, vale dizer uma vez mais que, em razão da importância dos animais não humanos como indivíduos, e mesmo em razão das inúmeras crueldades a que por vezes estão sujeitos, são de fato legítimos mercedores de um olhar mais cauteloso da doutrina, da legislação e da própria jurisprudência, vez que, como já afirmado em linhas pretéritas, em razão da sua própria natureza (animal), faz-se necessário um dever ainda maior de zelo, cuidado e amparo à sua dignidade, assim como de proteção irrestrita a todo e qualquer tipo de crueldade, em observância aos preceitos legais e constitucionais estruturante de um estado digno de ser chamado de Estado Democrático de Direito.

Notas

1. Marcel Guimarães Rotoli de Macedo. Juiz de Direito Substituto de 2º Grau no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ex-juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça do TJ-PR (2019/2021). Ex-juiz Auxiliar da Presidência do TJ-PR (2010).
2. Artigo: Capacidade de ser parte dos animais: PL 145/2021 é avanço sem precedentes – disponível em https://www.conjur.com.br/2021-fev-15/vicente-ataide-junior-capacidade-parte-animais#_ftn2 (acesso em 28.01.2022).
3. ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. O Decreto 24.645/1934 e a capacidade de ser parte dos animais no processo civil. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, v. 21, n. 129, p. 83-101, jan./fev. 2021.
4. Disponível em: <https://www.univ-tln.fr/IMG/pdf/declaracao-de-toulon-versao-em-portugues.pdf> (acesso 15.07.21)
5. <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/ADI-4983-Minuta-do-Voto-Vista-Ministro-Barroso-5-abr2016.pdf> (acesso em 12.07.21)

6. <https://www.google.com/search?q=dimens%C3%B5es+direitos+fundamentais&oq=dimesn%C3%A3o+direitos&aqs=chrome.1.69i57j0i10i13l2j0i5i13i30l4j0i8i13i30l3.6925j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8> (acesso em 09/07/2021)
7. § 3º Os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais.
8. ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula; MENDES, Thiago Brizola Paula. Decreto 24.645/1934: breve história da “Lei Áurea” dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 15, n. 2, p. 47-73, maio/ago. 2020. p. 62.
9. Gordilho, H., & Ataíde Júnior, V. 2020 Jul 20. A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [Online] 15:2 Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42733/pdf_1 acesso em 12.07.21
10. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 343
11. PIERANGELI, José Henrique. Parecer em direito penal ambiental. *Justitia*, São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça; Associação Paulista do Ministério Público, v. 60, n. 181-184, p. 38-59, jan./dez. 1998. p. 56, *apud in* Gordilho, H., & Ataíde Júnior, V. 2020 Jul 20. A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [Online] 15:2 Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42733/pdf_1 acesso em 12.07.21
12. LEVAL, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 2004. p. 30.
13. Gordilho, H., & Ataíde Júnior, V. 2020 Jul 20. A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [Online] 15:2 Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42733/pdf_1 acesso em 12.07.21
14. PIETRZYKOWSKI, Tomasz. *Personhood beyond humanism: animals, chimeras, autonomous agents and the law*. Tradução: Krystyna Warchal. Cham: Springer, 2018. p. 87, citado por Gordilho, H., & Ataíde Júnior, V. 2020 Jul 20. A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [Online] 15:2 Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42733/pdf_1 acesso em 12.07.21
15. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador - Ba. Brasil. e-ISSN: 2317-455, <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/20374/12959> (acesso em 14.07.21)
16. COLÔMBIA. AHC4806-2017. *Supremo Tribunal da Colômbia*. Disponível em: <http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/radicado-n-17001-22-13>

- 000-2017-0. Acesso em: 2 jan. 20, citado por Gordilho, H., & Ataíde Júnior, V. 2020 Jul 20. A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [Online] 15:2 Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42733/pdf_1 acesso em 12.07.21
17. CRUZ, Edmundo. Suíça-Habeas Corpus. Tradução: Carlos de Paula. *Animal Legal & Historical Center*, Michigan State University. Disponível em: <https://www.animallaw.info/case/suica-habeas-corpus>. Acesso em: 5 jan. 2020, citado por Gordilho, H., & Ataíde Júnior, V. 2020 Jul 20. A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [Online] 15:2 Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42733/pdf_1 acesso em 12.07.21
 18. Gordilho, H., & Ataíde Júnior, V. 2020 Jul 20. A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [Online] 15:2 Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42733/pdf_1 acesso em 12.07.21
 19. Gordilho, H., & Ataíde Júnior, V. 2020 Jul 20. A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [Online] 15:2 Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42733/pdf_1 acesso em 12.07.21
 20. Recurso de agravo de instrumento. Ação de reparação de danos. Decisão que julgou extinta a ação, sem resolução de mérito, em relação aos cães Rambo e Spike, ao fundamento de que estes não detêm capacidade para figurarem no polo ativo da demanda. Pleito de manutenção dos litisconsortes no polo ativo da ação. Acolhido. Animais que, pela natureza de seres sencientes, ostentam capacidade de ser parte (personalidade judiciária). Inteligência dos arts. 5º, XXXV, e 225, § 1º, VII, ambos da Constituição Federal de 1988, C/C art. 2º, § 3º, do Decreto-Lei nº 24.645/34. Precedentes do direito comparado (Argentina e Colômbia). Decisões no Sistema Jurídico Brasileiro reconhecendo a possibilidade de os animais constarem no polo ativo das demandas, desde que devidamente representados. Vigência do Decreto-Lei nº 24.645/34. Aplicabilidade recente das disposições previstas no referido decreto pelos tribunais superiores (STJ e STF). Decisão reformada. Recurso conhecido e provido. (TJPR – 7ª C. Cível – 0059204-56.2020.8.16.0000 – Cascavel – Rel.: Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Marcel Guimarães Rotoli de Macedo – J. 14.09.2021)
 21. <https://www.conjur.com.br/2021-fev-15/vicente-ataide-junior-capacidade-parte-animais> (acesso em 12.07.21)
 22. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2268821> (acesso em 12.07.21)
 23. Art. 34-A Para os fins desta Lei, cães e gatos ficam reconhecidos como seres sencientes, sujeitos de direito, que sentem dor e angústia, o que constitui o re-

- conhecimento da sua especificidade e das suas características face a outros seres vivos.
24. Art. 5º Todo animal tem o direito: I – de ter as suas existências física e psíquica respeitadas; II – de receber tratamento digno e essencial à sã qualidade de vida; III – a um abrigo capaz de protegê-lo da chuva, do frio, do vento e do sol, com espaço suficiente para se deitar e se virar; IV – de receber cuidados veterinários em caso de doença, ferimento ou danos psíquicos experimentados; V – a um limite razoável de tempo e intensidade de trabalho, a uma alimentação adequada e a um repouso reparado – (Lei 11.140/2018 - Código de Direito e Bem-estar animal do Estado da Paraíba. Disponível em: <http://static.paraiba.pb.gov.br/2018/06/Diario-Oficial-09-06-2018.pdf> Por decisão proferida nos autos n. 0805033-80.2019.8.15.0000 (Pje) do TJPB, alguns dispositivos da Lei foram suspensos, dentre eles, os incisos I e IV do art. 5º.)
 25. Art. 216. É instituído regime jurídico especial para os animais domésticos de estimação e reconhecida a sua natureza biológica e emocional como seres sencientes, capazes de sentir sensações e sentimentos de forma consciente. Parágrafo único. Os animais domésticos de estimação, que não sejam utilizados em atividades agropecuárias e de manifestações culturais reconhecidas em lei como patrimônio cultural do Estado, possuem natureza jurídica sui generis e são sujeitos de direitos despersonalizados, devendo gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa
 26. <https://www.conjur.com.br/2022-fev-03/opiniao-lei-direito-animais-modelo-seguido> (acesso em 04.02.22).
 27. ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, coord. Teresa Arruda Alvim. São Paulo, ano 46. 313, n. 2, p. 124, março 2021.

Referências

- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. O Decreto 24.645/1934 e a capacidade de ser parte dos animais no processo civil. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, v. 21, n. 129, jan./fev. 2021.
- _____. MENDES, Thiago Brizola Paula. Decreto 24.645/1934: breve história da “Lei Áurea” dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 15, n. 2, maio/ago. 2020.
- _____. A capacidade processual dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, coord. Teresa Arruda Alvim. São Paulo, ano 46. 313, n. 2, março 2021.
- _____. TOMÉ, Tiago Brizola Paula Mendes. Decreto 24.645/1934: breve história da “Lei Áurea” dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 15, n. 2, maio/ago. 2020.

- _____. *Comentários ao Código de Direito e Bem-Estar Animal do Estado da Paraíba: a positivação dos direitos fundamentais animais*. Curitiba: Jurúá, 2019.
- _____. Introdução ao Direito Animal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48-76, set./dez. 2018. Capacidade de ser parte dos animais: PL 145/2021 é avanço sem precedentes – disponível em https://www.conjur.com.br/2021-fev-15/vicente-ataide-junior-capacidade-parte-animais#_ftn2 (acesso em 28.01.2022). Seminário sobre a “*personalidade jurídica do animal*”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Toulon (França), disponível em: <https://www.univ-tln.fr/IMG/pdf/declaracao-de-toulon-versao-em-portugues.pdf> (acesso 15.07.21)
- COLÔMBIA. AHC4806-2017. *Supremo Tribunal da Colômbia*. Disponível em: <http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/radicado-n-17001-22-13-000-2017-0>. Acesso em: 2 jan. 20, citado por Gordilho, H., & Ataíde Júnior, V. 2020 Jul 20. A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [Online] 15:2 Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42733/pdf> 1 acesso em 12.07.21
- CRUZ, Edmundo. Suíça-Habeas Corpus. Tradução: Carlos de Paula. *Animal Legal & Historical Center*, Michigan State University. Disponível em: <https://www.animallaw.info/case/suica-habeas-corporus>. Acesso em: 5 jan. 2020, citado por Gordilho, H., & Ataíde Júnior, V. 2020 Jul 20. A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [Online] 15:2 Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42733/pdf> 1 acesso em 12.07.21
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. v.1. Salvador: Juspodivm, 2018.
- GORDILHO, H., & Ataíde Júnior, V. 2020 Jul 20. A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [Online] 15:2 Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42733/pdf_11 acesso em 12.07.21
- LEI 11.140/2018 – Código de Direito e Bem-estar animal do Estado da Paraíba. Disponível em: <http://static.paraiba.pb.gov.br/2018/06/Diario-Oficial-09-06-2018.pdf>. Por decisão proferida nos autos nº 0805033-80.2019.8.15.0000 (Pje) do TJPB, alguns dispositivos da Lei foram suspensos, dentre eles, os incisos I e IV do art. 5º.)
- LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

- PIERANGELI, José Henrique. Parecer em direito penal ambiental. *Justitia*, São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça; Associação Paulista do Ministério Público, v. 60, n. 181-184, p. 38-59, jan./dez. 1998. p. 56, *apud in* Gordilho, H., & Ataíde Júnior, V. 2020 Jul 20. A CAPACIDADE PROCESSUAL DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [Online] 15:2 Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/42733/pdf_1 acesso em 12.07.21
- REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO ANIMAL. Salvador – Ba. Brasil. e-ISSN: 2317-455, <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/20374/12959> (acesso em 14.07.21)

Cabimento de compensação por danos morais nos casos de abandono afetivo de filhos

Fabiane Lima Eloy Nogueira¹

Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá

Resumo: O presente artigo tem como escopo analisar o cabimento das ações de compensação por danos morais nos casos de abandono afetivo de filhos. A Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil preveem direitos e deveres que os pais têm e devem exercer perante os seus filhos, advindos do chamado poder familiar. O descumprimento do exercício desse poder perante a prole pode gerar sua extinção, não podendo ser confundido com o instituto da compensação pelos danos sofridos. No tocante à caracterização do abandono afetivo, a doutrina é divergente entre a não obrigatoriedade legislativa no dever de amar e o descumprimento do dever de cuidado. Para que seja possível o pleito de compensação por danos morais nos casos de abandono afetivo de filhos é preciso que estejam presentes os requisitos da responsabilidade civil, com provas robustas, respeitado o prazo prescricional de três anos contados da maioridade do filho.

Introdução

O ORDENAMENTO JURÍDICO brasileiro possui o mandamento de proteção integral da criança e do adolescente, devendo sempre ser respeitado o melhor interesse desses indivíduos. Estão presentes na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente diversos direitos e deveres que os pais devem cumprir perante seus filhos, uma vez que esses cuidados devem ser entendidos de forma ampla, tanto de modo material como atendendo os anseios psicológicos.

O modelo de família vem mudando ao longo dos séculos. Antigamente as decisões e busca por qualidade de vida eram centralizadas na figura do patriarca, mas na atualidade se anseia o bem-estar de todos os membros da família, e com isso novas demandas surgem no Poder Judiciário, posto que os integrantes das famílias pleiteiam a compensação pelos danos que sofreram no âmbito do seio familiar, sendo o abandono afetivo um desses novos casos.

Os objetivos a serem alcançados por meio da presente pesquisa são verificar se nas situações de abandono afetivo de filhos estão presentes os requisitos da responsabilidade civil para dar ensejo ao pedido de compensação por danos morais. A relevância das ações compensatórias nesses casos está no fato de que ainda não é um assunto pacificado entre os juristas brasileiros, principalmente no que se refere à fundamentação dos pedidos, uma vez que a divergência paira entre a violação do dever de cuidado que os pais devem ter para com a prole e a não obrigação legal de amar os filhos.

A metodologia de pesquisa utilizada foi a qualitativa, por meio da revisão bibliográfica e documental, explorada em três tópicos: direitos e obrigações decorrentes do poder familiar, características do abandono afetivo e responsabilidade civil, danos morais e o abandono afetivo de filhos.

1. Direitos e obrigações decorrentes do poder familiar

A Constituição Federal Brasileira (1988), em seu artigo 227, prevê que é dever da família assegurar às crianças, aos jovens e adolescen-

tes, com irrestrita prioridade, diversos direitos atrelados à dignidade da pessoa humana, entre eles: direito à saúde, à alimentação, à cultura, à educação, à convivência familiar, também dando o encargo de garantir que não sofrerão qualquer tipo de preconceito, violência ou negligência.

Os autores Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 586) sintetizam o poder familiar como “o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes”.

Na mesma linha, o Código Civil brasileiro (2002) define que os pais devem exercer o poder familiar sobre os filhos, elencando em nove incisos quais seriam as atitudes a serem praticadas para que seja exercido o poder familiar: a) assegurar-lhes criação e educação; b) exercer de forma plena a guarda, seja ela unilateral ou compartilhada; c) anuir ou confutar consentimento para casamento; d) negar ou conceder autorização para viajar ao exterior; e) autorizar ou recusar que mude permanentemente para outro município; f) nomear tutor em testamento ou por meio de documento com fé pública, caso um dos pais esteja impedido de praticar o poder familiar; g) representar e assistir seus direitos de modo judicial e extrajudicialmente; h) queixar-se de quem ilegalmente os detenham; e i) requisitar obediência, respeito e serviços de acordo com idade e condição.

Destaca-se que, de acordo com Tartuce (2021), o artigo 1.634, IX, do Código Civil, no dispositivo que engloba obediência e serviços de acordo com idade e condição da criança e do adolescente como parte do poder familiar, deve ser interpretado de acordo com os princípios constitucionais. No que se refere à obediência especificamente, à luz dos direitos humanos, é vedado que os pais exerçam sobre os filhos qualquer tipo de desrespeito, agressão ou maus-tratos para garantir subordinação.

À luz dos direitos humanos, é vedado que os pais exerçam sobre os filhos qualquer tipo de desrespeito, agressão ou maus-tratos para garantir subordinação

Ainda segundo Tartuce (2021), o trabalho infantil é um dos grandes problemas do país. Sendo assim, seguindo os princípios constitucionais, quando o Código Civil prevê serviços de acordo com idade e condição da criança, não está autorizando aos pais explorar os filhos de forma econômica.

No tocante ao direito à convivência advindo do poder familiar, o Código Civil prevê: “Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.” Ou seja, independente do relacionamento que os pais da criança e do adolescente tiverem entre si, os genitores têm o dever de estar presentes na vida de seus filhos, conforme comentários de Mônaco e Campos:

O poder familiar é constante e exige um exercício perene durante toda a fase de vida em que os filhos dependem (juridicamente [1]) dos pais. Não se pode a ele renunciar de forma pura e simples (exceto nas hipóteses em que seja possível a emancipação, com consequente manutenção da relação de parentalidade ou na hipótese de renúncia para colocação da criança em lar adotivo, presentes as condições para tanto) como se, cansados das atribuições e dos encargos decorrentes da parentalidade, os pais desistissem de brincar de casinha. Nesses termos, a ruptura do relacionamento dos pais não implica em perda do exercício do poder familiar pelo outro genitor. Ambos continuam e continuarão pais. Apenas não serão mais um casal (2011, p. 2).

Desprende-se que a família é base do ser humano, haja vista que ele irá nascer dentro de um círculo familiar, falará a língua que aquela família fala, conhecerá e será apresentado para a sociedade conforme as perspectivas daquela família, tendo direito à ampla assistência, e como toda pessoa desenvolverá sua psique de acordo com as vivências adquiridas ao longo da infância e da adolescência. Em consonância com o entendimento de Silva e Pereira:

É na família que o indivíduo nasce, se desenvolve, molda sua personalidade e se integra ao meio social. É na família que, no curso de sua vida, o indivíduo encontra conforto, amparo e refúgio para sua sobrevivência, formação e estruturação psíquica. A criança mantém uma relação direta de dependência com aqueles que, tendo concebido-a ou não, acolheram-na, se tornaram responsáveis pela continuação de sua existência e formação. A inserção em um núcleo familiar é importante para o desenvolvimento físico, psíquico e afetivo saudável da criança. Em geral, os responsáveis são os genitores, investidos do “poder familiar”, outrora denominado “pátrio poder” (2006, p. 672).

No tocante à denominação pátrio poder, segundo Tartuce (2021), não é possível se utilizar atualmente desta expressão, pois antigamente as decisões e vontades eram centralizadas na figura masculina do pai, mas com a despatriarcalização da família a expressão foi suprimida e deu lugar ao poder familiar, devendo as decisões familiares ser tomadas visando o bem-estar de todos os integrantes da família, e os genitores fazer o possível para cuidar de seus filhos em todos os aspectos, conforme expõe Nascimento:

Um dos principais tópicos que sofreram mudança com essa funcionalização da família foi o antigo pátrio-poder, que deixou de ser visto como um poder dos pais, especialmente do homem, em relação aos filhos, para ser visto como um poder-dever, uma relação jurídica complexa em que há um feixe de direitos e deveres de ambos os lados, os quais devem ter por função fazer com que os filhos cresçam e se desenvolvam, de tal modo que se faça realizar, na medida do possível, o potencial de cada qual (2015, p. 395).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), em seu capítulo segundo, garante o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, listando quais seriam os aspectos que estariam ligados a esses direitos, sendo destaque neste momento o direito de integrar a vida familiar e da comunidade, sem ser discriminado. Ou seja, mais uma vez o legislador

garantiu o direito da criança e do adolescente de conviver com seus familiares e com a comunidade que os cercam, com o intuito de proteção integral de seu desenvolvimento, sendo que a falta desta convivência pode gerar danos irreversíveis.

Nesse mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente menciona: “Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.” É possível notar que a integridade psíquica da criança e do adolescente é um direito adquirido por lei e que deve ser garantido pelos pais por meio do poder familiar.

Existem diversas legislações brasileiras que visam garantir e proteger o direito da criança e do adolescente de serem incluídos no círculo familiar, tendo assistência completa de seus parentes

Dispõe ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente, no capítulo que versa sobre o direito à convivência familiar e comunitária: “Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”

Ainda, no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, está previsto que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. No parágrafo único do mesmo artigo, a lei assegura que os responsáveis, o pai e a mãe, têm deveres e direitos compartilhados perante a prole, no tocante a educação e cuidado, devendo ser protegido o direito de transmitir o conhecimento da família referente a cultura e crença, garantidos os direitos da criança e do adolescente firmados no Estatuto. Portanto, existem diversas legislações brasileiras que visam garantir e proteger o direito da criança e do adolescente de serem incluídos no círculo familiar, tendo assistência completa de seus parentes.

O poder familiar pode ser suspenso, extinto em decorrência de fatos naturais, por escolha dos envolvidos nos casos previstos em lei (entrega de filho para adoção e emancipação), ou extinto por decisão judicial, por algumas atitudes que os genitores podem tomar perante os filhos que são vedadas pelo ordenamento pátrio. Preconiza o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.635, que o poder familiar pode ser extinto: a) pela morte do filho ou dos genitores; b) pela emancipação dos filhos nos termos da legislação vigente; c) pelo atingimento da maioridade civil; d) pela adoção; e e) por decisão judicial. No que se refere à extinção do poder familiar por decisão judicial, o Código Civil tipifica as causas que podem levar os genitores a perder este dever-poder:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V – entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (...) Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (...) a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (...) b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (...) II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (...) a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (...) b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

No que se refere à suspensão do poder familiar, o Código Civil explica que nos casos em que os genitores abusarem de sua autoridade, causando prejuízos aos filhos, cabe ao Poder Judiciário, provocado por algum familiar ou pelo Ministério Público, adotar medidas que visem o

melhor interesse da criança e do adolescente, inclusive podendo suspender o poder familiar. Ainda, é possível a suspensão do poder familiar da mãe ou pai que for condenado por sentença transitada em julgado, por ter cometido crime em que a pena seja maior que dois anos de prisão.

Conforme os ensinamentos de Nascimento (2015), a suspensão e a extinção do poder familiar não podem ser vistos como uma penalidade para os pais, e sim como um instituto que zela pelo melhor interesse da criança e do adolescente, sendo que, se os genitores estão violando o dever de cuidado para com a prole, são os direitos dela que devem ser preservados, devendo ser tomadas medidas de suporte para que aquela criança ou adolescente sofra os menores impactos possíveis.

Na mesma linha de raciocínio, Nascimento (2015, p. 407-8) explica: “À vista disso, não tem o menor cabimento se cogitar da impossibilidade de se responsabilizar os pais pela violação ao dever de cuidado para com os filhos por conta da previsão legal de suspensão ou perda do poder familiar.”

Deste modo, a suspensão ou extinção do poder familiar nada influencia no cabimento de compensação por danos morais nos casos de abandono afetivo de filhos, haja vista que possuem finalidades distintas.

2. Características do abandono afetivo

Quando se fala de abandono afetivo, não se está falando na obrigação de os pais amarem os filhos, uma vez que a legislação não obriga que os pais tenham sentimentos de afeto, mas se está visando o melhor interesse da criança e do adolescente na questão do dever de cuidado. Em outras palavras, o abandono afetivo parte do princípio da violação ao dever de cuidar que os pais e mães têm perante os filhos em todas as esferas que eles necessitam. Segundo a ministra Andriahi,

vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate

contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar (2012, p. 10).

A família possui papel fundamental na formação do caráter do indivíduo. É na família que ele receberá educação, aprenderá o que é certo e errado, terá seus primeiros passos guiados para o bem ou para o mal. Com as mudanças no modelo familiar dito como tradicional, aquelas advindas por meio do casamento, ocorrem divórcios e assim os genitores acabam constituindo novas famílias e, em alguns casos, acontece o distanciamento com os filhos do relacionamento anterior, quando um dos pais deixa de realizar visitas, não faz mais ligações telefônicas, não frequenta os aniversários e datas comemorativas, oculta bens com o intuito de que a prole não seja herdeira, ou até mesmo deixa de realizar o pagamento de pensão alimentícia. Todas essas questões ferem o direito de cuidado da criança e do adolescente, e faz com que os filhos se sintam inferiores, tristes, gerando a ideia de que existe algo de errado com eles, fazendo com que se sintam culpados por estarem afastados dos genitores, ou seja, criando um sentimento de rejeição, que pode causar doenças e danos psicológicos irreversíveis. Nesse sentido, Rizzardo (apud SANSEVERINO, 2012, p.42-3) declara:

Embora não caiba se falar em coesão familiar, e oferecer aos filhos uma estrutura regular da convivência com o pai e a mãe, o mínimo que se impõe como ditame fundamental da consciência, da moral, da natureza e da lei consiste na convivência regular com os progenitores, mesmo que espaçada, de modo a satisfazer o impulso natural de senti-los, de haurir sua presença e de se fortalecer com o seu acompanhamento.

Impedir a efetivação desse impulso que emana do próprio ser traz graves prejuízos e frustrações na realização da afetividade, com irreparáveis efeitos negativos que repercutirão na vida afora, ensejando inclusive a indenização pelo dano moral que se abate sobre o filho. Realmente, a ausência de um dos pais resulta em tristeza,

insatisfação, angústia, sentimento de falta, insegurança, e mesmo complexo de inferioridade em relação aos conhecidos e amigos. Quase sempre se fazem sentir efeitos de ordem psíquica, como a depressão, a ansiedade, traumas de medo e outras afecções.

Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito à reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios de humanidade.

Os genitores devem prestar o dever de cuidado para com os filhos independente do relacionamento que têm com o outro genitor da criança ou do adolescente. Obviamente, não é somente nos casos de divórcio que ocorre abandono afetivo, podendo acontecer quando os genitores e os filhos convivem dentro do mesmo lar, havendo prática de ato ilícito por conduta omissiva ou comissiva que fará surgir a possível obrigação de compensar pelos danos sofridos, desde que devidamente comprovados, apontando o nexo de causalidade.

Outra hipótese é quando um dos genitores teve filhos de uma relação extraconjugal e não assume suas obrigações perante essa criança, sendo que esta prática é vedada pelo artigo 227, § 6º, da Constituição Federal: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Sendo assim, os filhos que não foram frutos de relações conjugais, de relacionamentos considerados oficiais ou por adoção, não podem sofrer qualquer tipo de discriminação por parte de seu pai e de sua mãe, ou de seus responsáveis legais, tendo direito a serem registrados, direito a auxílio material, direito ao convívio com a família, conhecer seus avós, primos, tios, direito a terem seu pai e sua mãe presentes em sua vida em todos os ramos, os auxiliando na escola, ensinando política, cultura... Reitere-se: é obrigação dos genitores cuidarem dos seus filhos, conforme determina a legislação, sem discriminação, independente se houve ou não planejamento familiar para o recebimento daquela criança.

Quando se caracteriza abandono afetivo, o direito que está sendo tutelado é o direito que as crianças e os adolescentes têm de serem cuidados por aqueles que são seus responsáveis, e o cuidado vai muito além de simplesmente cumprir o dever financeiro de adimplir mensalmente com o pagamento de pensão alimentícia. Para o desenvolvimento saudável do ser humano, é necessário que a pessoa tenha um círculo de apoio que lhe ofereça educação, criação e suporte emocional para que futuramente saiba lidar com os entes da vida adulta.

Outra questão a ser levantada é: as crianças e os adolescentes são vulneráveis às interferências externas, sejam elas boas ou ruins, cabendo aos responsáveis alertá-las sobre os riscos e deixá-las longe dos perigos. De acordo com as informações colhidas no ONU NEWS (2020), o Conselho Internacional para o Controle de Narcóticos – INCB apresentou relatório informando que foram analisadas crianças e adolescentes ao redor do mundo, e os estudos apontaram que quando as crianças e adolescentes iniciam a utilizar álcool, tabaco e maconha, ainda nestas fases, a probabilidade de utilizar cocaína e outras drogas quando adultos aumenta significativamente. O estudo ainda relata que o método de prevenção e tratamento para adolescentes e crianças precisa ser analisado de modo individual de acordo com o ambiente em que vive e segundo seu próprio desenvolvimento.

Não é razoável que as crianças e os adolescentes fiquem desamparados nessas questões tão delicadas e prejudiciais, ou essas obrigações sejam exercidas somente por um dos responsáveis, quando ambos estão plenamente capazes de exercer o poder familiar, causando possíveis danos psíquicos, depressão, transtornos de ansiedade, sentimento de rejeição, abandono etc. Corroborando as fundamentações mencionadas, o ministro Buzzi argumenta:

Não se fala, assim, na impossível obrigação de amar, senão no impostergável dever de cuidar, o qual está presente, sim, em diversos preceitos, desde os constitucionais até aqueles das leis complementares. Portanto, quando as expressões afeto ou amor forem utilizadas como referência ao conjunto de providências adotadas no zelo e proteção para com os filhos, elas terão o sentido de cuidado e estarão envolvidas com a noção de dever.

E, exceto impossibilidade devidamente justificada, criar e educar, como está expresso na lei, exige mais do que exclusivamente aportar recursos financeiros, uma vez que a conjugação dos aludidos verbos traduz o zelo, a preocupação com a educação, o crescimento em condições saudáveis, a atenção indispensável a que o ser em formação esteja ao menos resguardado ante os perigos e riscos tão correntes nessa fase da vida (os abusos, os vícios, os aliciamentos, etc.). Também não se diga que esse nível de cuidado, zelo, atenção se confunde com a obrigação de amar, pois o Estado, as instituições e a própria sociedade como um todo, quando compreendidas como entidades voltadas ao propósito de educar e amparar o indivíduo em formação não cogitam de amor, mas de dever de sempre fazer o melhor possível.

Assim, fixa-se a premissa de que, analisando-se o ordenamento positivo, a par de inexistir um dever de amar, observa-se que aos pais compete o dever de sustento, guarda e educação dos filhos em fase de crescimento, deveres esses que apenas sob uma perspectiva simplista poderiam ser compreendidos de forma exclusivamente patrimonial, haja vista a expressa determinação legal quanto às obrigações de criar e educar. Portanto, o interesse subjacente às demandas que envolvem abandono afetivo funda-se no dever normativo expresso dos pais de educarem e criarem seus filhos. E, nesse sentido, pode-se concluir pelo merecimento de tutela jurisdicional (2017, p. 32-3).

Alguns doutrinadores e juristas brasileiros encontram resistência para reconhecer o abandono afetivo, e apresentaram argumentações como se fosse um instituto que não merece atenção dos tribunais, com alegações diversas, mas em sua maioria fixadas na ideia de que o dever de cuidado está ligado apenas às demandas financeiras e que os responsáveis legais, pai e mãe, não são obrigados a oferecerem nem mesmo o direito à convivência. Ao tratar da tese de compensação por danos morais nos casos de abandono afetivo de filhos, o ministro Uyeda (2012) menciona: “Se abirmos essa tese aqui, olha, como diria o pessoal, sai de baixo. Este Tribunal irá cuidar de mágoas.” Ainda no que se refe-

re aos juristas que enfrentam resistência ao tema, a ministra Gallotti (2017, p. 19-22) afirma:

A convivência e o afeto devem corresponder a sentimentos naturais, espontâneos, genuínos, com todas as características positivas e negativas de cada indivíduo e de cada família. Não é – nem deve ser – o cumprimento de dever jurídico, imposto pelo Estado, sob pena de punição (ou indenização punitiva). (...) Com a devida vênia aos que defendem o ponto de vista contrário, entendo que não há dever jurídico de amor e afeto e, portanto, não há dever jurídico de cuidar afetivamente. Assim, a falta de cuidado afetivo não é comportamento que gere dano indenizável com base no art. 186 do Código Civil. A forma de convivência familiar deve ser decidida no âmbito das famílias e não regulada e imposta pelo Estado, observados os deveres jurídicos de sustento, guarda e educação dos filhos. Ao Poder Judiciário cabe decidir os conflitos entre os pais, no tocante ao cuidados dos filhos, se necessário até mesmo destituindo a um deles ou a ambos poder familiar.

O afeto é tratado de forma diversa em outras questões no direito de família brasileiro. Antigamente as famílias eram formadas apenas por meio do casamento, e os enlaces matrimoniais aconteciam majoritariamente de forma arranjada para preservação de patrimônio, mas, com o decorrer dos séculos, começaram a ser aceitos pela sociedade os casamentos baseados nas relações de afeto, ou seja, as pessoas casavam por amarem umas às outras. Após houve a conquista do direito à separação, ao divórcio, à constituição de união estável, direito à adoção, paternidade e maternidade socioafetiva – todos os direitos mencionados são baseados na família e no afeto, e por isso, negar que o indivíduo busca o afeto nas relações familiares é negar a realidade. Nesta mesma linha de pensamento, Karow (apud TURMAN; SANTOS, 2014, p. 247-8) sustenta:

Casais se separam por reconhecerem que não há mais afeto entre si. Famílias alternativas formam-se em função do vínculo afetivo existente. Crianças demonstram desejo de residir com um

dos pais ou avós em função dos laços de afeto. Adoções são deferidas em função do vínculo afetivo preestabelecido. Registros de nascimento podem ser anulados em face de nunca haver tido o estabelecimento da socioafetividade. O estado de filho consolida-se com o estabelecimento do afeto.

Vê-se as buscas feitas pelos filhos perante o Poder Judiciário para pleitear a compensação por danos morais em razão do abandono afetivo: além de receberem um montante que será analisado de acordo com as condições do caso concreto para reparar os danos sofridos, como os momentos perdidos com o pai ou mãe, as doenças psiquiátricas, a depressão, ansiedade, o sentimento de inferioridade, o vício na drogadição e alcoolismo, existe o outro lado da obrigação da prestação pecuniária, que é o poder corretivo, que deve servir de exemplo e alerta para que essas condutas não sejam repetidas constantemente pela sociedade, demonstrando que os pais e mães precisam cumprir com os deveres legais de cuidado perante os filhos. Aduziu Madaleno (2017):

Decisões judiciais buscando reparar com indenizações pecuniárias a dilaceração da alma de um filho em fase de formação de sua personalidade, cujos pais se abstêm de todo e qualquer contato e deixam os seus filhos em total abandono emocional, não condenam a reparar a falta de amor, ou o desamor, nem tampouco a preferência de um pai sobre um filho e seu descaso sobre o outro, mas penalizam a violação dos deveres morais contidos nos direitos fundados na formação da personalidade do filho rejeitado.

Penalizam o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação, mas não com a intenção de recuperar o afeto não desejado pelo ascendente, mas principalmente, por seu poder dissuasório a demonstrar que, doravante, este velho sentimento de impunidade tem seus dias contados e que possa no futuro desestabilizar quaisquer outras inclinações de irresponsável abandono, se dando conta pelos exemplos jurisprudenciais, que o afeto tem um preço muito caro na nova configuração familiar.

Por fim, os pais, mães e responsáveis legais possuem para com os filhos o dever de cuidado, e ao descumprirem esse dever, juntamente com o atendimento aos requisitos da responsabilidade civil, geram o dever de compensar os danos sofridos.

3. Responsabilidade civil, danos morais e o abandono afetivo de filhos

Extrai-se das obrigações impostas pelo Código Civil que, independentemente do relacionamento que os pais e mães tiverem entre si, não muda o direito de terem os filhos em sua companhia, surgindo, portanto, o direito dos filhos de terem a companhia de seu pai e mãe, tendo em vista que o direito civil deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais. Sendo assim, o dever de cuidado para com os filhos também inclui a companhia, e o descumprimento desse direito respaldado nos elementos da responsabilidade civil pode gerar o dever de indenizar a prole. Nesse sentido, explica Tartuce (2021):

Determina o art. 1632 do CC/2002 que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. O dispositivo acaba trazendo um direito à convivência familiar e, ao seu lado, um dever dos pais de terem os filhos sob sua companhia. Nessa norma reside fundamento jurídico substancial para a *responsabilidade civil por abandono afetivo*, eis que a companhia inclui o afeto, a interação entre os pais e filhos (2021, p. 1.375).

A Constituição Federal garante o direito à indenização por danos materiais e morais. Seguindo a mesma linha, o Código Civil prevê que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186), e “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (art. 927).

Para que haja dever de indenizar ou compensar os danos sofridos, sejam eles de cunho patrimonial ou moral, é preciso, portanto, que estejam presentes os elementos da responsabilidade civil. O autor Flávio Tartuce reuniu grandes doutrinadores brasileiros para sintetizar o que mais se aproxima da conceituação da responsabilidade civil:

- Maria Helena Diniz aponta a existência de três elementos, a saber: a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexos de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.
- Silvio de Salvo Venosa leciona que quatro são os elementos do dever de indenizar: a) ação ou omissão voluntária; b) relação de causalidade ou nexos causal, c) dano e d) culpa.
- Carlos Roberto Gonçalves leciona que são quatro os pressupostos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade; d) dano.
- Para Sérgio Cavalieri Filho são três elementos: a) conduta culposa do agente; b) nexos causal; c) dano (2021, p. 463-4).

A responsabilidade civil a ser comprovada nos casos de abandono afetivo de filhos é na modalidade subjetiva. Desse modo, para que haja compensação pelos danos sofridos é necessário que seja demonstrado, nos moldes do entendimento do ministro Ribeiro (2015, p. 14), uma “conduta omissiva ou comissiva do pai (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido pelo filho (dano à sua personalidade), e, sobretudo, o nexos de causalidade entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002”. A ministra Andriahi (2012, p. 6) menciona: “É das mais comezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexos causal.”

O ato ilícito se caracteriza, de acordo com Tartuce (2021, p. 451), por ser “praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma

jurídica cria o dever de reparar o dano (...).” O ato ilícito pode ocorrer por meio de uma conduta omissiva, isto é, por se omitir do dever de cuidado para com os filhos, podendo também acontecer por condutas ativas com o intuito de prejudicar e abandonar os filhos.

Conforme os ensinamentos de Tartuce (2021), culpa extracontratual, ou seja, aquela que não deriva de uma relação contratual, também denominada como aquiliana, ocorre quando se tem abuso de direito ou descumprimento de uma norma jurídica. A culpa extracontratual na modalidade de negligência ocorre quando há omissão por parte de quem deveria cumprir a disposição legal, juntamente com a falta de cuidado.

No caso de abandono afetivo de filhos, o pai, mãe e responsáveis legais têm o dever de cuidar de seus filhos, conforme a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, havendo descumprimento do dever de cuidado da prole pautado nas legislações mencionadas juntamente com a conduta omissiva que deve ser comprovada, surge o dever de compensar os danos sofridos.

Os danos abarcados nesta análise são os danos morais e, para Tartuce (2021, p. 485), “a melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira”. Ainda segundo o entendimento de Tartuce (2021), os valores recebidos a título de compensação por danos morais não podem ser considerados como parte ampliativa do patrimônio, e este posicionamento está pautado na não incidência de imposto de renda sobre os valores recebidos a título de reparação por danos morais, conforme Súmula 498 do Superior Tribunal de Justiça. Para que haja compensação pecuniária é preciso que seja demonstrada a extensão dos danos sofridos com o abandono afetivo, com o intuito de um melhor julgamento de cada caso concreto.

Para que haja compensação pecuniária é preciso que seja demonstrada a extensão dos danos sofridos com o abandono afetivo, com o intuito de um melhor julgamento de cada caso concreto

O nexo de causalidade se constituirá na ligação entre a conduta humana praticada pelos pais e os danos sofridos pelos filhos. Em consonância, Tartuce (2021, p. 473) afirma que a responsabilidade civil “não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Se houve dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo obrigação de indenizar.”

Em razão das diversas demandas que chegam ao Poder Judiciário no tocante à compensação por danos morais nos casos de abandono afetivo de filhos, e da grande discussão e divergência entre as decisões, o Superior Tribunal de Justiça publicou a edição nº 125 da Jurisprudência em Teses, referente à responsabilidade civil e os danos morais, sendo que tratou do abandono afetivo em três tópicos.

No que concerne ao cabimento de compensação por danos morais nos casos de abandono afetivo de filhos, o Superior Tribunal de Justiça (2019) firmou entendimento de que: “O abandono afetivo de filho, em regra, não gera dano moral indenizável, podendo, em hipóteses excepcionais, se comprovada a ocorrência de ilícito civil que ultrapasse o mero dissabor, ser reconhecida a existência do dever de indenizar.”

Em relação aos casos de abandono afetivo de filhos que ultrapasse o mero dissabor, aos olhos do Superior Tribunal de Justiça (2017), foi confirmada a condenação por danos morais ao pai que, após a guarda ser alterada para a mãe, deixou de visitar o filho, mesmo as visitas tendo sido marcadas pelo Conselho Tutelar, e só realizava o pagamento das prestações alimentares quando estava prestes a ser preso. Além disso, o pai é financeiramente abastado, com diversas propriedades, e o filho passava por graves necessidades, vivendo em estado de miséria, sem cama, dormindo em um pedaço de esponja no chão e muitas vezes sem ter com o que se alimentar. Assim, foi concluído que o genitor descumpriu com o dever de cuidado, na esfera material e psíquica do filho, nos moldes do julgamento a seguir:

Ementa: Recurso especial. Família. Abandono material. Menor. Descumprimento do dever de prestar assistência material ao filho. Ato ilícito (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E

1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). Reparação. Danos morais. Possibilidade. Recurso improvido. 1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. Recurso especial improvido (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, Recurso Especial nº 1.087.561).

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça (2022) condenou um genitor a realizar o pagamento de R\$30.000,00 (trinta mil reais), a título de compensação por abandono afetivo, tendo em vista que ficou comprovado nos autos por meio de laudo pericial que a filha desenvolveu doenças psiquiátricas em razão do corte da relação de forma repentina realizado pelo pai quando a infante tinha apenas seis anos.

Sendo assim, de acordo com o STJ, para que haja reparação por danos morais nos casos de abandono afetivo de filho, é preciso que seja comprovado que houve lesões de natureza grave na vida da criança e do adolescente, prejuízos que ultrapassem as questões do cotidiano, devendo estarem presentes todos os requisitos da responsabilidade civil e principalmente apresentando provas contundentes de que os danos causados têm relação com violação ao dever de cuidado dos pais para com a prole.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2012) realizou diversas pesquisas que apontaram que naquele ano aproximadamente cinco milhões de crianças não possuíam o nome do pai no registro de nascimento, e como essa conduta ocorre reiteradamente em nossa sociedade, por diversos motivos, o Conselho Nacional de Justiça instituiu o projeto Pai Presente, que estimula o reconhecimento de paternidade de forma espontânea.

Ocorre que diversas paternidades são reconhecidas tardiamente, muitas vezes por meio de decisões judiciais já na fase da vida adulta do filho. Por isso, o STJ (2019), no que se refere ao reconhecimento de paternidade e o abandono afetivo, firmou a tese nos seguintes termos: “Não há responsabilidade por dano moral decorrente de abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade.”

As fundamentações do Tribunal Superior se baseiam no sentido de que as obrigações do dever de cuidado para com a prole advêm do poder familiar, e que apenas poderá ser exigido após o reconhecimento da paternidade, tendo em vista que antes do reconhecimento não existe o poder familiar daquele pai para com aquele filho, assim não havendo que se falar no descumprimento do dever de cuidado. Portanto, não descumprindo os requisitos da responsabilidade civil, o que se reflete na impossibilidade de compensação pecuniária pelos danos sofridos.

O Código Civil dispõe que para buscar reparação civil é preciso respeitar o prazo máximo de três anos, e também traz a seguinte ordenança: “Art. 197. Não corre a prescrição: (...) II – entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar”. Determinou, ainda, que não correrá prazo prescricional para os absolutamente incapazes.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça (2019) firmou tese nos termos a seguir: “O prazo prescricional da pretensão reparatória de abandono afetivo começa a fluir a partir da maioridade do autor.” Desse modo, o ajuizamento da ação para compensação por danos morais por abandono afetivo de filhos deve ocorrer obedecendo o prazo prescricional de três anos, devendo ser contado o prazo do dia em que o filho que pretende buscar a compensação completou dezoito anos.

Conclusão

O ordenamento jurídico brasileiro prevê como garantia dos direitos da criança e do adolescente o poder familiar, que se refere ao dever de os pais cuidarem dos seus filhos de forma ampla, atendendo todas as suas demandas para que se devolvam de uma maneira saudável, sus-

tentando tanto de modo financeiro como psicológico, para que a criança e o adolescente tenham pelo menos o básico para manter a higidez mental.

O Código Civil traz em um de seus artigos o direito à convivência entre a prole e seus pais, afirmando que quando os genitores não possuem mais relacionamento amoroso entre eles, isso não altera em nada a relação entre pais e filhos, apenas garantindo no dispositivo legal o direito de companhia entre os filhos e seus pais. Sendo assim, juntamente com o dever de cuidado, que engloba alimentação, guarda, segurança, educação, é previsto também o direito à convivência familiar.

Nos casos em que os pais descumprem as normas impostas pelo poder familiar, pode ocorrer a extinção deste, sendo que perderão os direitos e deveres referente àquela criança ou adolescente. Ocorre que a extinção do poder familiar, assim como todos os institutos que versam sobre criança e adolescente, visa proteger esses indivíduos, não podendo ser visto como uma penalidade para o pai ou a mãe, mas sim como um modo de zelar pelo melhor interesse da prole.

Destaca-se que a extinção do poder familiar está relacionada ao direito dos pais de poderem exercer funções ativas referente à prole, já a compensação por danos morais nos casos de abandono afetivo de filhos se refere à violação dos requisitos da responsabilidade civil pautados no dever de cuidado, ou seja, possuem finalidades diversas e não podem ser confundidos.

A conceituação de abandono afetivo aceita pelos tribunais brasileiros é aquela pautada não na falta de amor entre os pais e a prole, uma vez que entendem que a legislação não obriga os pais a amarem os seus filhos, mas sim na violação ao dever de cuidado.

O descumprimento ao dever de cuidado pode estar caracterizado de diversas formas: nos casos de genitores e filhos que não moram juntos, por exemplo, deixar de realizar visitas, não fazer ligações, não procurar ter um relacionamento saudável, mudança brusca de comportamento, ocultar patrimônio para que aquele filho não herde, deixar de realizar o pagamento de pensão alimentícia, ou seja, é preciso que os pais tenham consciência de que têm obrigação legal de cuidar de seus filhos e o descumprimento dessa obrigação pode caracterizar abandono afetivo.

É importante frisar que as compensações por danos morais nos casos de abandono afetivo de filhos, além de repararem de forma pecuniária os danos sofridos, têm o poder corretivo perante a sociedade, servindo de alerta e demonstrando que os pais e mães devem cumprir com as obrigações perante seus filhos, que são apenas crianças e adolescentes que precisam de cuidado, fazendo com que as condutas negligentes diminuam.

Para que seja pleiteada a compensação por danos morais nos casos de abandono afetivo de filhos é necessário que estejam presentes os requisitos da responsabilidade civil: a prática de um ato ilícito por meio de uma conduta omissiva ou comissiva, culpa aquiliana na modalidade de negligência, os danos causados e o nexo de causalidade.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a reparação nos casos de abandono afetivo de filhos só deve ocorrer quando ultrapassem as questões de mero dissabor do cotidiano de uma família.

Por fim, conclui-se que é possível o pleito reparatório nos casos de abandono afetivo de filhos, pautado no descumprimento ao dever de cuidado, devendo estar presente os requisitos da responsabilidade civil, com provas contundentes, respeitado o prazo prescricional de três anos, contados a partir da maioridade civil do requerente.

Nota

1. Fabiane Lima Eloy Nogueira. Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Bacharela em direito pelo UNIBRASIL. Integrante da Comissão da Mulher Advogada da OAB/PR pela subseção de SJP. Advogada. E-mail: fabiane.elay@hotmail.com

Referências

- ANDRIGHI, NANCY. *Recurso Especial nº 1.159.242 – SP*. Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&peticao_numero=1&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/21.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12/03/21.
- BRASIL. Lei 8.069/1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12/03/21.
- BRASIL. Lei 10.406/2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 12/03/21.
- BUZZI, MARCO. *Recurso Especial 1.579.021 – RS*. Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017> Acesso em: 11/03/21.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Campanha do CNJ entra em campo neste fim de semana*. 2012. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/campanha-do-cnj-entra-em-campo-neste-fim-de-semana/>> Acesso em: 18/03/21.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: direito de família*, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 586.
- GALLOTTI, MARIA ISABEL. *Recurso Especial 1.579.021 – RS*. Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017> Acesso em: 20/03/21.
- MADALENO, Rolf. *O custo do abandono afetivo*. Disponível em: <<https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/o-custo-do-abandono-afetivo>>. Acesso em: 12/03/21.
- MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; CAMPOS, Maria Luiza Ferraz de. *O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder familiar*. E-gov, 5 mar. 2011. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28373-28384-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03/03/2021.
- NASCIMENTO, Fábio Calheiros do. *Responsabilidade civil pelo abandono afetivo*. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc15.pdf?d=636680468024086265>>. Acesso em 05/03/21.
- ONU NEWS. *Relatório alerta para uso de substâncias psicoativas entre jovens*. 2020. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2020/02/1705441>> Acesso em: 12/03/21.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. In: *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, 2006, p. 678. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>. Acesso em: 22/02/21.
- RIBEIRO, Moura. *Recurso Especial nº 1.557.978 – DF*. Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501879004&dt_publicacao=17/11/2015>. Acesso em: 16/03/2021.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Recurso Especial nº 1.159.242 – SP*. Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&peticao_numero=1&formato=PDF>. Acesso em: 09/03/21.

- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *Jurisprudência em teses*. Edição 125: responsabilidade civil – dano moral. 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDICAO%20N.%20125:%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20-%20DANO%20MORAL>>. Acesso em: 18/03/2021.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *Recurso especial 1.087.561 – RS*. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/10/STJ-RECURSO-ESPECIAL.-FAM%C3%8DIA.-ABANDONO-MATERIAL.-MENOR.-DESCUMPRIMENTO-DO-DEVER-DE-PRESTAR-ASSIST%C3%8ANCIA-MATERIAL-AO-FILHO.-REPARA%C3%87%C3%83O.-DANOS-MORAIS.-POSSIBILIDADE.-RECURSO-IMPROVIDO..pdf>>. Acesso em: 20/03/21.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *Pai é condenado a pagar R\$30 mil de danos morais por abandono afetivo da filha*. 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/21022022-Pai-e-condenado-a-pagar-R--30-mil-de-danos-morais-por-abandono-afetivo-da-filha.aspx>> Acesso em 22/02/2022.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único, 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; Método, 2021.
- TURMAN, Natiele França; SANTOS, Maria Helena Abdanur Mendes dos. *Dano moral decorrente do abandono afetivo*: uma análise sobre a possibilidade de responsabilizar os pais civilmente pela falta de afeto concedida aos filhos. 2014. Disponível em: <<http://anima-opet.com.br/pdf/anima11/16danomoralabandonoafetivo.pdf>>. Acesso em: 12/03/21.
- UYEDA, MASSAMI. *Recurso Especial 1.159.242 – SP*. Superior Tribunal de Justiça, 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&peticao_numero=1&formato=PDF>. Acesso em: 12/03/21.

Criptoativos, sociedade de risco e lavagem de dinheiro: questão de poder e/ou problema jurídico?

Felipe Artigas Hay¹

Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito de Curitiba (UNICURITIBA)

Resumo: Desde a concepção do bitcoin, o sistema financeiro tradicional, os bancos centrais e até mesmo os estados soberanos viram diluídos seu controle sobre o fluxo das riquezas. Isso porque essa nova moeda puramente digital tornou possível a pessoas comuns e empresas enviarem pagamentos diretamente entre eles, em operações que dispensam instituições formais como intermediárias, que não se sujeitam a ordens judiciais de bloqueio de valores e que são indiferentes às fronteiras territoriais. Nota-se, pois, que referida implementação não veio sem riscos, tendo expandido a liberdade dos indivíduos mas, também, as possibilidades de cometimento de crimes econômicos – especialmente o de lavagem de dinheiro –, aumentando significativamente as incertezas quanto às consequências a longo prazo de sua adoção. Trata-se, portanto, de produto do desenvolvimento científico que expande os limites da “sociedade de risco”, sendo fenômeno que demanda análise sociológica e jurídico-penal na medida em que impõe novas dimensões de complexidade para o sujeito inserido no mundo pós-moderno, grandemente marcado pela globalização e pela imprevisibilidade.

1. Criptoativos

A CRISE FINANCEIRA de 2007/2008 é considerada por alguns especialistas da área econômica como a recessão mais profunda² desde a “Grande Depressão”³. Deflagrada pela expansão não controlada da concessão de crédito para o setor imobiliário⁴, o episódio acendeu o ceticismo quanto ao sistema financeiro tradicional e os bancos centrais.

E foi nesse contexto que Satoshi Nakamoto⁵ concebeu a primeira criptomoeda de que se tem notícia, o Bitcoin⁶, “uma versão puramente ponto a ponto de dinheiro eletrônico, permitindo que pagamentos sejam enviados diretamente de uma parte para outra sem passar por uma instituição financeira”⁷.

Como se verá, é esse último aspecto das criptomoedas – “sem passar por uma instituição financeira” – que foi explorado por quem buscava novas formas de se praticar crimes econômicos, especialmente o de lavagem de dinheiro.

Isso porque a tecnologia subjacente aos criptoativos – a *blockchain* – dispensa a existência de um ponto central de gerenciamento da rede (“servidor”) ou de empresas encarregadas de sua manutenção. Seu modelo, ao revés, é distribuído em vários pontos descentralizados (“mineradores”), o que torna sua implementação totalmente independente das autoridades ligadas ao sistema financeiro tradicional e aos bancos centrais.

De um lado, assim, é *possível* que os usuários transfiram diretamente entre eles quaisquer quantidades de ativos sem a interferência de intermediário⁸ (“puramente ponto a ponto”) e, de outro lado, torna-se tecnicamente *impossível* o cumprimento de ordens judiciais que bloqueiem esses ativos⁹, desde que armazenados em “*wallets*” – uma de duas formas populares¹⁰ de se guardarem esses ativos.

As *wallets* podem ser *offline* ou *online*. Aquelas se tratam de *hardware* especificamente concebido para o armazenamento desses ativos (a exemplo da *Ledger Nano*, muito similar a um pendrive), enquanto estas são “cofres virtuais” criados por intermédio de software (a exemplo do *Bitcoin Knots*) e armazenam as chaves criptográficas privadas que dão acesso aos criptoativos.

Para se ter uma carteira, seja ela *online* ou *offline*, não é necessário o fornecimento de qualquer dado pessoal, sequer de um endereço de e-mail.

A outra forma popular de armazenamento de criptomoedas (a exemplo da Binance) é a “*exchange*”, definida pela Receita Federal do Brasil como a

persona jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.¹¹

Funcionam, desse modo, como uma fusão entre uma casa de câmbio e um banco tradicional, uma vez que (a) trocam moedas fiduciárias (aquelas amplamente utilizadas pela população e sujeitas ao controle dos governos e instituições financeiras¹²) por criptomoedas; (b) oferecem serviço de custódia das moedas negociadas¹³; (c) exigem que os usuários de seus serviços se identifiquem civilmente e (d) permitem transações com essa espécie de ativos.

Contudo, antes de o serviço das exchanges popularizar o acesso aos criptoativos, a sociedade era mais comumente exposta aos casos de criminosos que se escondiam atrás das possibilidades de anonimato fornecidas pelas moedas virtuais.

E, de fato, casos como aquele do “*Silk Road*” – site hospedado na *Deep Web*¹⁴ em que se comercializavam quaisquer produtos e serviços (aí incluídos “assassinos de aluguel”, drogas e armas¹⁵, todos a serem pagos com bitcoin) – e de recorrentes notícias de estelionato praticado com moedas digitais¹⁶ levaram parcelas da mídia e setores de governos a *satanzar*¹⁷ a implementação do bitcoin, identificando-o tão somente como um ativo de especulação que incrementava os riscos para o cometimento de crimes.

De outro giro, o crescente número de relatos de pessoas comuns¹⁸ que se valem das criptomoedas como instrumento de desobediência civil em face da opressão financeira¹⁹, de luta contra a tirania de governos totalitários (ou em guerra) e para fuga de suas fronteiras sem a

obrigatoriedade de abandono de patrimônio²⁰, e, ainda, a possibilidade de ganhos financeiros elevados – tudo aliado à hígidez matemática do código em C++ escrito por Satoshi Nakamoto – fazem com que a moeda continue a apresentar curva crescente em seu valor de mercado²¹.

Os criptoativos, assim – paridos da quiasma entre o pragmatismo que a pós-modernidade traz consigo e a insatisfação com o sistema financeiro tradicional –, estão umbilicalmente ligados às noções de um “mundo achatado pelas inovações tecnológicas”²², de globalização da economia, de esvaziamento do monopólio da burguesia financeira internacional (o “grande capital”) sobre o câmbio e, também, do próprio controle do estado sobre o fluxo das finanças, em um processo que, entre outros aspectos, pode ser encarado como uma insurgência contra o sistema financeiro tradicional.

Afigurando-se, pois, como produto do desenvolvimento científico e que expande consideravelmente as fronteiras²³ da “sociedade de risco”²⁴, a realidade imposta não apenas pela rede bitcoin mas também por outros ativos digitais relevantes criados na sequência²⁵ demanda análise sociológica e jurídico-penal aprofundada, trazendo novas dimensões de complexidade ao sujeito inserido no mundo hipermoderno²⁶, marcado por porções não necessariamente iguais de oportunidades, desafios e perigos.

2. Sociedade de risco

Com a sua edição inaugurativa remontando ao ano de 1930, Freud apontou ao longo d’*O Mal-Estar na Civilização* como as tensões resultantes da dicotomia entre os desejos individuais e as expectativas sociais levavam à irrupção do desconforto que acometia a sociedade²⁷. Isso porque a segurança coletiva fornecida pelo avanço civilizatório moderno demandaria quinhões de renúncia individual dos instintos (verificada especialmente pela contenção dos pulsos sexuais e de agressividade) em um processo que, paradoxalmente, gerava mal-estar (individual e coletivo) em troca de níveis maiores de proteção individual.

A modernidade, então, trouxe consigo graus mais elevados de conforto, mas, também, a necessidade de um “pensar calculador” – ao qual Heidegger deu o nome de *das rechnende Denke*, descrito como “o pensamento que possui um objeto a investigar, para a obtenção de controle e resultados”²⁸.

Desse modo, se passou a viver em uma época de previsibilidade e de domínio de meios e resultados (produto do pensar técnico-científico), mergulhando a civilização em um ciclo rígido de uniformizações de produção²⁹ e padronizações sociais e culturais.

Era possível ao sujeito saber, com bastante previsibilidade, qual seria o caminho médio de sua vida: estudar até poder começar a trabalhar, constituir família, ter filhos, comprar um imóvel e, mais tarde, se aposentar (possivelmente no litoral ou em uma pequena propriedade rural).

A esse tempo de significativa previsibilidade do fluxo da vida seguiu a Pós-Modernidade, na qual o sujeito médio se vê inserido em um contexto de elevado grau de incerteza: Fazer ensino técnico ou cursar uma faculdade? Constituir família ou utilizar aplicativos de relacionamento para trocar constantemente de parceiro(a)? Construir carreira em uma mesma instituição ou trabalhar remotamente em outros países para diversas empresas? Adquirir um imóvel ou alugar e ter a possibilidade de mudar-se de acordo com a vontade? Guardar para a aposentadoria ou usufruir com viagens internacionais e luxos desde já?

A tradição dá lugar ao incerto.

Assim, conforme apontado por Zygmunt Bauman em *O Mal-estar da Pós-Modernidade*, tem-se que com o passar do tempo a sociedade acabou por rejeitar a busca por segurança (típica da modernidade), substituindo-a pela busca por liberdade. Destacou, nesse sentido, que “se obscuros e monótonos dias assombravam os que procuravam a segurança, noites insones são a desgraça dos livres”³⁰.

Tem-se que com o passar do tempo a sociedade acabou por rejeitar a busca por segurança (típica da modernidade), substituindo-a pela busca por liberdade

A liberdade, então, tornou líquida a antiga rigidez da previsibilidade do fluxo da vida na sociedade moderna, trazendo consigo um novo mal-estar em substituição ao anterior (consistente eminentemente na ansiedade de não se saber qual caminho tomar, diante de tantos, ou, ainda, não se saber quais deles são seguros, porque pouco explorados), além de um amplo leque de possibilidades e incertezas – “riscos”, portanto.

Considerado um dos grandes pensadores do tema, Ulrich Beck salienta que “o risco é o enfoque moderno da previsão e do controle das ações humanas com respeito ao futuro”³¹, exurgindo daí uma

sociedade de risco [que] não é uma opção passível de aceitação ou rejeição no curso de disputas políticas. Surge na continuidade dos processos de modernização autonomizada, que são cegos e surdos em relação aos seus próprios efeitos e ameaças.³²

E, de fato, bem como a popularização dos automóveis ou de voos comerciais – por exemplo – trouxeram com eles mesmos a incrementação dos riscos na vida em sociedade (e mesmo a criação de outros, antes impensáveis, como a maximização dos danos ambientais), os *perigos fabricados industrialmente* passam a ser o próprio elemento estruturante da sociedade (ainda no exemplo, nota-se como a facilidade de deslocamento tornou corriqueiras as viagens de trabalho “bate e volta” de longa distância, coisa inviável há não muito tempo).

Se antes havia elevada previsibilidade de meio e (usualmente também) dos resultados, passou a haver domínio de meio sem controle necessário sobre o(s) resultado(s) (seguindo no exemplo, como quando se embarca na qualidade de passageiro em um voo comercial e pouquíssimo pode ser feito para garantir o pouso em segurança).

O desenvolvimento de novas tecnologias, pois, trouxe consigo não apenas a modificação de dinâmicas sociais antes bastante sólidas, mas terminou por inserir na sociedade “um estado de tensão nervosa e incerteza quanto ao futuro”³³, e os criptoativos, como se verá, trazem essa incerteza *a largos passos* para o plano jurídico e social.

3. Lavagem de dinheiro

Ao se investigar o gênero “crimes econômicos”, não raras vezes a espécie “lavagem de dinheiro” é aquela que ganha proeminência, ao passo em que os autores das mais diversas empreitadas criminosas necessitam incorporar legitimamente o (comumente vultoso) produto do delito na economia, valendo-se da “lavagem” para cumprir tal desiderato.

Também conhecido como “lavagem de capitais”, “lavagem de ativos”, “reciclagem” ou “branqueamento”, o crime em comento é regulado no Brasil pela Lei 9.613/98, que o define já no artigo 1º como sendo a conduta de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”³⁴.

Logo se nota que para sua consumação não se faz necessária a produção do resultado “conferir aparência de licitude” (fim perseguido com a lavagem), bastando tão somente a concreção de ao menos um dos dois verbos elencados no *caput* – ocultar ou dissimular.

Nada obstante, comumente a doutrina destaca a existência de um processo de três etapas para que a conversão da ilicitude à licitude ocorra: *placement*, *layering* e *integration*³⁵.

A primeira delas (*placement*) é chamada de ocultação – ou colocação –, e se dá “quando o criminoso busca disfarçar a origem do ativo para integrá-lo ao sistema econômico-financeiro”³⁶.

Na sequência ocorre a dissimulação – ou estratificação (*layering*) –, quando “se busca o afastamento do dinheiro lavado de sua origem, mediante a utilização de interpostas pessoas físicas e jurídicas, empresas offshores, paraísos fiscais ou uso de uma atividade comercial com simulação de lucros”³⁷.

Ao final sobrevém a etapa da integração (*integration*), quando “os valores retornam licitamente às mãos dos criminosos, como investimentos ou empréstimos externos, lucros de empresas regulares, aquisição de bens, etc.”³⁸ – conduta que, apesar de não prevista no *caput* do artigo 1º, resta criminalizada pelo parágrafo 1º, inciso I³⁹, do comando legal em estudo.

Em qualquer hipótese, nota-se que o tipo somente se consuma quando o *quantum* lavado é obtido com a prática de outro delito que antecede o branqueamento (“valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”).

Sobre esse ponto, cumpre destacar que, antes de ser aperfeiçoada e atingir a atual redação (dada pela Lei 12.683/12), a Lei 9.613/98 elencava taxativamente quais condutas poderiam ser consideradas crimes antecedentes⁴⁰, de sorte que quaisquer outras infrações (a exemplo de contravenções penais) que não aquelas ali descritas tornavam forçosa a conclusão quanto à atipicidade da conduta que, de outra sorte, materialmente era a de lavagem de dinheiro:

Tipo penal – Normatização. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. Lavagem de dinheiro – Lei nº 9.613/98 – *Crime antecedente. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo.* Lavagem de dinheiro – Organização criminosa e quadrilha. *O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria.*⁴¹

Atualmente se exige tão somente que o proveito econômico obtido seja oriundo da prática de infração penal antecedente – não necessariamente um crime –, inexistindo qualquer rol taxativo quanto à anterior conduta com desvalor penal (notando-se, em tempo, que paralelamente à tipificação do tipo penal descrito no *caput* do artigo 1º, os parágrafos 1º e 2º do referido artigo trazem outras 15 condutas equiparáveis àquela de lavagem).

Assim, já havendo se estabelecido que a função precípua da modalidade criminosa em exame é reintegrar dinheiro ilícito no sistema financeiro tradicional como se lícito fosse, tem-se que o ponto de contato entre os criptoativos e a lavagem de capitais reside especialmente no fato de que esse novo avanço tecnológico incrementa os riscos de transferência de ativos “por fora” do sistema financeiro tradicional.

4. Problema jurídico e/ou questão de poder?

Historicamente a “movimentação paralela” de dinheiro deveria ser feita fisicamente – como se viu, por exemplo, à época do “Mensalão”, no caso José Adalberto Vieira (assessor do deputado federal José Guimarães), flagrado transportando US\$ 100.000,00 na cueca e outros R\$ 209.000,00 em uma maleta⁴². Isso porque ainda que seja possível realizar transferências eletrônicas de grandes quantidades monetárias diretamente pelos bancos tradicionais, existem mecanismos de controle do fluxo de dinheiro que alertam as autoridades quando montantes realmente volumosos são remetidos de uma conta para outra.

Os criptoativos, todavia, tornam possível a movimentação de valores sem que instituições financeiras ou governos sejam necessariamente alertados, uma vez que sua natureza descentralizada – sem uma autoridade central – não possibilita que regulações dessa natureza sejam introduzidas em seu sistema.

Tanto é assim que o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), ou Financial Action Task Force (FATF), no original em inglês⁴³, indicou que as principais características que fazem esses novos ativos funcionarem como “catalisadores para a lavagem [...] são a descentralização, a transnacionalidade livre de obstáculos, as possibilidades de anonimato e a possibilidade de transição do mundo virtual para o mundo real viabilizada pelas exchanges”⁴⁴.

Atentos à realidade de que nada valeria aos autores do tipo penal de lavagem de dinheiro a possibilidade de transformação do produto do crime em ativo digital sem que lhes fosse possível reverter tais valores para dinheiro físico, governos passaram a regulamentar as exchanges e exigir dessas instituições a adoção de processos de verificação da identidade de seus clientes, tudo com o fim de monitoramento das transações e gerenciamento de riscos⁴⁵, o que se convencionou chamar “políticas KYC” (“*know your customer*” – “conheça seu cliente”, no original em inglês).

Na prática, então, as exchanges passaram a deter todos os dados civis relevantes para a identificação das pessoas que convertem criptoativos em moeda de curso, minimizando as possibilidades do crime

de lavagem de ativos se dar de modo alheio ao conhecimento das autoridades, contendo grandemente as possibilidades de anonimato antes oferecidas pelas criptomoedas.

Ao mesmo passo, é imperioso salientar que o serviço das exchanges torna tecnicamente possível o cumprimento de ordens judiciais de bloqueio e/ou apreensão de criptomoedas, uma vez que oferecem serviço de custódia desses valores e que são de operação técnica significativamente mais simples que o sistema das *wallets online e offline*.

Destaca-se, ainda, que facilitam o processo de “rastreamento de trilhas de dinheiro”⁴⁶. Isso porque a tecnologia que torna os criptoativos uma realidade – a *blockchain* – funciona como

um livro-razão compartilhado e imutável que facilita o processo de registro de transações e rastreamento de ativos em uma rede. Um ativo pode ser tangível (uma casa, um carro, dinheiro, terras) ou intangível (propriedade intelectual, patentes, direitos autorais, branding). Praticamente qualquer coisa de valor pode ser rastreada e negociada em uma rede blockchain.⁴⁷

Referido compartilhamento é possibilitado pelos já citados “mineadores”, pessoas comuns e empresas espalhadas ao redor do mundo, todas com computadores de alto poder de processamento e que executam um software específico (a exemplo do CGMiner) para coletivamente⁴⁸ obterem um consenso matemático de rede e possibilitarem a aprovação das transações realizadas com criptomoedas, “anotando” o resultado da operação na *blockchain* e, em troca, sendo remunerados pela rede com uma quantidade de criptomoeda enviada diretamente às *wallets*.

Assim, todo o histórico de transações envolvendo uma unidade ou fração de unidade⁴⁹ de bitcoin, por exemplo, é rastreável até sua origem, ao passo em que todas as operações com aquele montante foram obrigatoriamente anotadas nesse “livro-razão compartilhado e imutável” – diferentemente do que ocorre com o dinheiro físico, que por sua própria natureza dispensa registros públicos ao trocar de titularidade⁵⁰.

Não apenas isso: as operações em moeda fiduciária gozam de proteção constitucional do sigilo, *ex vi* do art. 5º, XII, da Constituição da República, o que pode atrasar investigações quanto a crimes econômicos.

Com as criptomoedas, todavia, obrigatoriamente os endereços da carteira de emissão do pagamento e da carteira de recebimento daquele pagamento são anotados e publicados na *blockchain*, podendo ser analisados livremente em sites como o <https://www.blockchain.com/explorer>.

Por tudo, então, se percebe que as criptomoedas não são mais um campo fértil para a prática de crimes econômicos, especialmente desde a adoção das “políticas KYC”, que reduzem a zero as possibilidades de anonimato quanto ao usufruto dessas em dinheiro físico.

Nada obstante, países percebidos pela comunidade internacional como mais autoritários⁵¹ – a exemplo da China – já baniram esta tecnologia de seu território, aos argumentos centrais de que “as criptomoedas são utilizadas para financiar atividades ilegais, e o aumento da circulação dessas poderia desestabilizar seu sistema financeiro”⁵².

Considerando, todavia, que historicamente as atividades ilegais tendem a ser financiadas com “moeda fiduciária” – aquela amplamente utilizada pela população e sujeita ao controle dos governos e instituições financeiras⁵³, que dispõem de mecanismos oficiais para influírem em seus preços –, é forçosa a conclusão de que alguns governos baniram os criptoativos pois os veem como ameaça à sua autoridade (tanto que não baniram aquelas outras moedas sobre as quais conseguem exercer controle, ainda que elas também sejam usadas para financiamento de atividades ilegais).

Efetivamente, devido ao fato de existirem de modo independente do sistema financeiro tradicional e dos bancos centrais (não se sujeitando,

Aparentemente a resistência que algumas nações apresentam à adoção dessas moedas é motivada mais por receio de dissolução de sua autoridade que pela ampliação de riscos jurídicos relacionados a crimes econômicos

pois, a total controle do estado), as criptomoedas confluem para o gradual esvaziamento do controle estatal (e até mesmo da burguesia financeira internacional) sobre o processo de circulação das riquezas.

Nesse sentido, cumpre anotar que a Rússia – com a recente deflagração da guerra contra a Ucrânia –, após ser banida do sistema SWIFT⁵⁴, iniciou um movimento em prol das criptomoedas como modo de contornar⁵⁵ as sanções financeiras que lhe foram aplicadas pela comunidade internacional.

Igualmente, sites especializados noticiam que a Coreia do Norte vem utilizando criptomoedas como forma de burlar o controle financeiro que lhe é imposto por outras nações⁵⁶.

Assim, ainda que os criptoativos condensem em si mesmos noções como globalização (dada a irrelevância das fronteiras para as transações financeiras) e sociedade de risco (vez que se trata de avanço tecnológico com efeitos imprevisíveis e potência para modificar substancialmente os padrões sociais no campo financeiro), aparentemente a resistência que algumas nações apresentam à adoção dessas moedas é motivada mais por receio de dissolução de sua autoridade que pela ampliação de riscos jurídicos relacionados a crimes econômicos.

Agradecimentos

Ao professor Alexandre Knopfholz, pela receptividade e pelos indispensáveis conhecimentos compartilhados. Aos amigos Bruno Luiz Artigas Martins, Luiz Renato Skroch Andretta e Mayara Neimann Almeida, pelo tempo e valorosas contribuições.

Notas

1. Felipe Artigas Hay. Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito de Curitiba (UNICURITIBA). Oficial de Gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Gabinete da Desembargadora Lidia Maejima).
2. WIGMORE, B. A. The financial crisis of 2008. In: WIGMORE, B. A. *The financial crisis of 2008: a history of US financial markets 2000-2012*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. (Studies in Macroeconomic History).

3. Crise financeira iniciada em 1929, nos Estados Unidos da América.
4. ALIBER, R.; ZOEGA, G. (ed.). *The 2008 global financial crisis in retrospect: causes of the crisis and national regulatory responses*. London: Palgrave MacMillan, 2019.
5. Presumivelmente o nome se trata de pseudônimo, uma vez que o criador (ou o grupo de criadores) que desenvolveu o código Bitcoin nunca se apresentou publicamente.
6. Para tanto, publicou um *white paper* (documento livre contendo análise aprofundada sobre um tema) na lista de e-mails de entusiastas de criptografia “crypto-graphy@metzdowd.com”.
7. NAKAMOTO, S. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. [S. l.: s. n., 2018]. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2022. p. 1, tradução livre.
8. INFOMONEY. O que é blockchain?: conheça a tecnologia que torna as transações com criptos possíveis. In: INFOMONEY. [S. l., 2022]. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/blockchain/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
9. A implementação de políticas “KYC” em corretoras de criptoativos visa mitigar essa realidade, como se verá adiante.
10. São elas as “*wallets*” e “*exchanges*”.
11. BRASIL. Ministério da Economia. Receita Federal. *Instrução normativa RFB 1888, de 03 de maio de 2019*. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Brasília, DF: Receita Federal, 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>. Acesso em: 8 mar. 2022. Artigo 5º, inciso II.
12. GOLDBERG, D. Famous myths of “Fiat Money”. *Journal of Money, Credit and Banking*, Columbus, v. 37, n. 5, p. 957-967, Oct. 2005.
13. Dispensando, pois, que o usuário se familiarize com o (relativamente) complexo sistema das “*wallets*”.
14. A parte da web que buscadores como o Google não é capaz de indexar (isto é, páginas que não são listadas para aqueles que não a estão procurando), e somente acessível por navegadores especiais, como o TOR.
15. ULBRICHT Criminal Complaint. Criminal complaint against Silk Road kingpin Ross Ulbricht. [S. l.: s.n., 2017]. Disponível em: https://pt.scribd.com/doc/172764080/Ulbricht-Criminal-Complaint#download&from_embed. Acesso em: 8 mar. 2022.
16. FREIRE, F. *et al.* PF prende no Rio dono de empresa que prometia investir em bitcoins por suspeita de pirâmide financeira. In: G1. Rio de Janeiro, 25 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/08/25/operacao-piramide.ghtml>. Acesso em: 8 mar. 2022.
17. Tal como no Direito Penal do Inimigo existe uma “satanização” do infrator, o transformando em um sujeito alheio a direitos, aqui o termo é empregado em

- sua origem etimológica atribuído às religiões abraâmicas, de “adversário” (a ser combatido e resistido), opositor.
18. MY UKRAINIAN credit cards don't work anymore. I'm safe physically in Kazakhstan, but all my savings are gone [...]. [S. l.], 25 Feb. 2022. Twitter: @usleepwalker. Disponível em: <https://twitter.com/usleepwalker/status/1497255981851496449>. Acesso em: 8 mar. 2022.
 19. “[...] onde a inflação é elevadíssima e a moeda local já foi destruída, perdendo todo o poder de compra”, cf. ULRICH, F. [Discurso]. In: CHINAGLIA, R. Economista Fernando Ulrich defende Bitcoin como ‘desobediência civil’ contra ‘opressão financeira’ dos países. *Cointelegraph Brasil*, [s. l.], 14 nov. 2021. Disponível em: <https://cointelegraph.com.br/news/economist-fernando-ulrich-defends-bitcoin-as-civil-disobedience-against-financial-oppression-of-countries>. Acesso em: 8 mar. 2022.
 20. TAPSCOTT, A. Bitcoin offers freedom from political repression—and that’s a key to its future. In: FORTUNE. [s. l.], 18 Feb. 2021. Disponível em: <https://fortune.com/2021/02/18/bitcoin-censorship-political-repression-deplatforming-china-belarus-russia-nigeria-crypto/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
 21. COIN MARKET CAP. Bitcoin. In: COIN MARKET CAP. [S. l., 2022]. Disponível em: <https://coinmarketcap.com/pt-br/currencies/bitcoin/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
 22. FRIEDMAN, T. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
 23. Em porções não necessariamente iguais de oportunidades, desafios e perigos.
 24. BECK, U. *La Sociedad del riesgo global*. Madrid: Editora Siglo Veintiuno, 2002.
 25. A exemplo do Ethereum, Monero, Zcash e das NFTs.
 26. LIPOVETSKY, G. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.
 27. FREUD, S. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1998.
 28. ALVES, P. R. C. Contribuições de Heidegger para a via do pensamento meditativo. *Reflexão*, Campinas, v. 43, n. 1, p. 125-135, jan./jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.24220/2447-6803v43n1a4187>. Disponível em: <https://periodicos.puc-campinas.edu.br/reflexao/article/view/4187/2689>. Acesso em: 8 mar. 2022. p. 127.
 29. Especialmente desde o Fordismo, sistema de gestão e produção em larga escala idealizado e implementado a partir de 1913 por Henry Ford.
 30. BAUMAN, Z. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 10.
 31. BECK, U. *et al. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Maria Amélia Augusto. Oeiras: Celta Editora, 2000. p. 5.
 32. *Ibid.*, p. 5.
 33. CHARLES, S. *apud LIPOVETSKY, G. A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Lisboa: Relógio D’água, 1989.

34. BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 8 mar. 2022.
35. LIMA, R. B. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.
36. ANSELMO, M. A. *Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional: de acordo com a Lei nº 12.683/2012*. São Paulo: Saraiva, 2013. *Online*.
37. *Ibid., online*.
38. ANSELMO, M. A. *Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional: de acordo com a Lei nº 12.683/2012*. São Paulo: Saraiva, 2013. *Online*.
39. “§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos”. Cf. BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 8 mar. 2022.
40. “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:
I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
II – de terrorismo e seu financiamento;
III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;
IV – de extorsão mediante sequestro;
V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;
VI – contra o sistema financeiro nacional;
VII – praticado por organização criminosa;
VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-8, 337.C e 337-D do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal).
Pena: reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa”. cf. BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades

- Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 8 mar. 2022.
41. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 96007. Pacientes: Estevan Hernandez Filho; Sonia Haddad Moraes Hernandez. Impetrante: Luiz Flávio Borges D’Urso. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. *DJe*, Brasília, DF, 8 fev. 2013. p. 427, grifo nosso.
 42. DALL’AGNOL, L. Caso do dinheiro na cueca prescreve e petistas escapam da Justiça. *In: VEJA*. [São Paulo], 20 ago. 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/caso-do-dinheiro-na-cueca-prescreve-e-petistas-escapam-da-justica/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
 43. FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). Who we are. *In: FATF*. Paris, [2022]. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/about/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
 44. ESTELLITA, H. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. e1955, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/81696>. Acesso em: 8 mar. 2022. p. 3.
 45. COINTELEGRAPH BRASIL. Notícias sobre KYC. *In: COINTELEGRAPH BRASIL*. [S. l., 2022]. Disponível em: <https://cointelegraph.com.br/tags/kyc>. Acesso em: 8 mar. 2022.
 46. COINDESK. Por que criminosos preferem moeda convencional a cripto para esconder dinheiro. *In: INFOMONEY*. [S. l.], 30 jan. 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/por-que-criminosos-preferem-moeda-convencional-do-que-cripto-para-esconder-dinheiro/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
 47. GUPTA, M. *Blockchain*. 3rd. IBM Limited ed. Philadelphia: John Wiley and Sons, 2020. p. 8, tradução livre.
 48. Tudo se dá em um processo ponto a ponto semelhante àquele que ocorre quando se realiza uma chamada no Skype, por exemplo, em que computadores individualmente executam o mesmo software para produzirem o mesmo resultado coletivo.
 49. “Um bitcoin é divisível em 100,000,000 milhões de ‘centavos’, chamados Satoshis”, cf O QUE é um satoshi (unidade de medida)?. *In: BIT2ME ACADEMY*. [S. l., 2022]. Disponível em: <https://academy.bit2me.com/pt/o-que-%C3%A9-um-satoshi/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
 50. Referida realidade pode mudar com a adoção, pelo governo, do chamado “Real Digital”, uma Central Bank Digital Currency (CBDC), Moeda Digital Emitida por Banco Central, em tradução livre.
 51. LAW LIBRARY. *Regulation of cryptocurrency around the world: November 2021 Update*. Washington, DC: The Law Library of Congress, Global Legal Research Directorate, 2021. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/llglrd/2021687419/2021687419.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2022.
 52. QUIROZ-GUTIERREZ, M. Crypto is fully banned in China and 8 other countries. *In: FORTUNE*. [S. l.], 4 Jan. 2022. Disponível em: <https://fortune.com>.

- com/2022/01/04/crypto-banned-china-other-countries/. Acesso em: 8 mar. 2022. Tradução livre.
53. GOLDBERG, D. Famous myths of “Fiat Money”. *Journal of Money, Credit and Banking*, Columbus, v. 37, n. 5, p. 957-967, Oct. 2005.
54. “[...] a rede Swift (sigla de Sociedade de Telecomunicação Financeira Mundial) não movimenta dinheiro, mas é como uma “rede social” bancária. Por meio dela, milhares de instituições financeiras em mais de 200 países trocam informações sobre pagamentos, facilitando as transferências mundo afora.” cf. CORREIO BRASILIENSE. Entenda as implicações da exclusão da Rússia da rede Swift. *In: CORREIO BRASILIENSE*. Brasília, DF, 27 fev. 2022. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/mundo/2022/02/4988856-entenda-as-implicacoes-da-exclusao-da-russia-da-rede-swift.html>. Acesso em: 8 mar. 2022.
55. “[...] cryptocurrency may be an efficient medium for Russia to bypass current sanctions or the possible SWIFT expulsion” cf. SHEN, T. Russia unlikely to turn to crypto if SWIFT sanction is imposed. *In: FORKAST*. [S.l.], 25 Feb. 2022. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zXN7etidLGMJ:https://forkast.news/russia-unlikely-crypto-if-swift-sanction-imposed/+&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=opera-gx>. Acesso em: 8 mar. 2022.
56. LIEBKIND, J. What Is North Korea’s Role in Bitcoin and Does It Affect Prices?. *In: INVESTOPEDIA*. [S. l.], 11 Aug. 2021. Disponível em: <https://www.investopedia.com/news/what-north-koreas-role-bitcoin/>. Acesso em: 8 mar. 2022.

Referências

- ALIBER, R.; ZOEGA, G. (ed.). *The 2008 global financial crisis in retrospect: causes of the crisis and national regulatory responses*. London: Palgrave MacMillan, 2019.
- ALVES, P. R. C. Contribuições de Heidegger para a via do pensamento meditativo. *Reflexão*, Campinas, v. 43, n. 1, p. 125-135, jan./jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.24220/2447-6803v43n1a4187>. Disponível em: <https://periodicos.puc-campinas.edu.br/reflexao/article/view/4187/2689>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- ANSELMO, M. A. *Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional: de acordo com a Lei nº 12.683/2012*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BAUMAN, Z. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BECK, U. et al. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Maria Amélia Augusto. Oeiras: Celta Editora, 2000.
- _____. *La Sociedad del riesgo global*. Madrid: Editora Siglo Veintiuno, 2002.
- BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividade

- des Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 8 mar. 2022.
- BRASIL. Ministério da Economia. Receita Federal. *Instrução normativa RFB nº 1888, de 03 de maio de 2019*. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Brasília, DF: Receita Federal, 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 96007. Pacientes: Estevan Hernandes Filho; Sonia Haddad Moraes Hernandes. Impetrante: Luiz Flávio Borges D’Urso. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. *DJe*, Brasília, DF, 8 fev. 2013.
- COIN MARKET CAP. Bitcoin. *In: COIN MARKET CAP*. [S. l., 2022]. Disponível em: <https://coinmarketcap.com/pt-br/currencies/bitcoin/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- COINDESK. Por que criminosos preferem moeda convencional a cripto para esconder dinheiro. *In: INFOMONEY*. [S. l.], 30 jan. 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/por-que-criminosos-preferem-moeda-convencional-do-que-cripto-para-esconder-dinheiro/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- COINTELEGRAPH BRASIL. Notícias sobre KYC. *In: COINTELEGRAPH BRASIL*. [S. l., 2022]. Disponível em: <https://cointelegraph.com.br/tags/kyc>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- CORREIO BRASILIENSE. Entenda as implicações da exclusão da Rússia da rede Swift. *In: CORREIO BRASILIENSE*. Brasília, DF, 27 fev. 2022. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/mundo/2022/02/4988856-entenda-as-implicacoes-da-exclusao-da-russia-da-rede-swift.html>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- DALL’AGNOL, L. Caso do dinheiro na cueca prescreve e petistas escapam da Justiça. *In: VEJA*. [São Paulo], 20 ago. 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/caso-do-dinheiro-na-cueca-prescreve-e-petistas-escapam-da-justica/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- ESTELLITA, H. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. e1955, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/81696>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). Who we are. *In: FATF*. Paris, [2022]. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/about/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- FREIRE, F. *et al.* PF prende no Rio dono de empresa que prometia investir em bitcoins por suspeita de pirâmide financeira. *In: G1*. Rio de Janeiro, 25 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/08/25/operacao-piramide.ghtml>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- FREUD, S. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1998.
- FRIEDMAN, T. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

- GOLDBERG, D. Famous myths of “Fiat Money”. *Journal of Money, Credit and Banking*, Columbus, v. 37, n. 5, p. 957-967, Oct. 2005.
- GUPTA, M. *Blockchain*. 3rd. IBM Limited ed. Philadelphia: John Wiley and Sons, 2020.
- INFOMONEY. O que é *blockchain*?: conheça a tecnologia que torna as transações com criptos possíveis. In: INFOMONEY. [S. l., 2022]. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/blockchain/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- LAW LIBRARY. *Regulation of cryptocurrency around the world: November 2021 Update*. Whashington, DC: The Law Library of Congress, Global Legal Research Directorate, 2021. Disponível em: [https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/llgldr/2021687419/2021687419.pdf](https://tile.loc.gov/storage-services/service/lld/llgldr/2021687419/2021687419.pdf). Acesso em: 8 mar. 2022.
- LIEBKIND, J. What Is North Korea’s Role in Bitcoin and Does It Affect Prices?. In: INVESTOPEDIA. [S. l.], 11 Aug. 2021. Disponível em: <https://www.investopedia.com/news/what-north-koreas-role-bitcoin/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- LIMA, R. B. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- LIPOVETSKY, G. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Lisboa: Relógio D’água, 1989.
- _____. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- MY UKRAINIAN credit cards don’t work anymore. I’m safe physically in Kazakhstan, but all my savings are gone [...]. [S. l.], 25 Feb. 2022. Twitter: @usleepwalker. Disponível em: <https://twitter.com/usleepwalker/status/1497255981851496449>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- NAKAMOTO, S. Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system. [S. l.: s. n., 2018]. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- O QUE é um satoshi (unidade de medida)?. In: BIT2ME ACADEMY. [S. l., 2022]. Disponível em: <https://academy.bit2me.com/pt/o-que-%C3%A9-um-satoshi/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- QUIROZ-GUTIERREZ, M. Crypto is fully banned in China and 8 other countries. In: FORTUNE. [S. l.], 4 Jan. 2022. Disponível em: <https://fortune.com/2022/01/04/crypto-banned-china-other-countries/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- SHEN, T. Russia unlikely to turn to crypto if SWIFT sanction is imposed. In: FORKAST. [S. l.], 25 Feb. 2022. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zXN7etidLGMJ:https://forkast.news/russia-unlikely-crypto-if-swift-sanction-imposed/+&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=opera-gx>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- TAPSCOTT, A. Bitcoin offers freedom from political repression—and that’s a key to its future. In: FORTUNE. [s. l.], 18 Feb. 2021. Disponível em: <https://fortune.com/2021/02/18/bitcoin-censorship-political-repression-deplatforming-china-belarus-russia-nigeria-crypto/>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- ULBRICHT Criminal Complaint. Criminal complaint against Silk Road kingpin Ross Ulbricht. [S. l.: s.n., 2017]. Disponível em: https://pt.scribd.com/doc/172764080/Ulbricht-Criminal-Complaint#download&from_embed. Acesso em: 8 mar. 2022.

- ULRICH, F. [Discurso]. *In*: CHINAGLIA, R. Economista Fernando Ulrich defende Bitcoin como 'desobediência civil' contra 'opressão financeira' dos países. *Cointelegraph Brasil*, [s. l.], 14 nov. 2021. Disponível em: <https://cointelegraph.com.br/news/economist-fernando-ulrich-defends-bitcoin-as-civil-disobedience-against-financial-oppression-of-countries>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- WIGMORE, B. A. The financial crisis of 2008. *In*: WIGMORE, B. A. *The financial crisis of 2008: a history of US financial markets 2000-2012*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. (Studies in Macroeconomic History).

O crime do art. 10 da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85)

Erinton Cristiano Dalmaso¹

Promotor de Justiça

Resumo: O artigo tem como objeto a análise jurídica do crime tipificado no art. 10, caput, da Lei 7.347/85, ainda pouco explorado na doutrina e na jurisprudência nacional.

Introdução

ESTE ESTUDO DESTINA-SE a investigar um crime ainda pouco explorado na doutrina e na jurisprudência nacional, ainda que passados mais de 35 anos de sua vigência, e que possui grande relevância prática para o desempenho das funções institucionais do Ministério Público na defesa dos direitos metaindividuais.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) está vigente desde a data de sua publicação (art. 23) no *Diário Oficial da União* do dia 25 de julho de 1985, constituindo o principal mecanismo supraindividual de acesso à justiça, mediante atuação dos atores sociais extraordinariamente legitimados (art. 5º) na tutela de qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo (art. 1º, IV).

O Ministério Público é a instituição que mais se destaca nesse campo, sendo indubitável seu protagonismo na tutela desses direitos na esfera judicial e extrajudicial, até mesmo por constituir sua essência e primeira vocação constitucional (arts. 127, caput, e 129, III, CF). Tanto é assim que em todas as ações civis públicas o Ministério

Público integrará a lide, seja como autor (art. 5º, I, Lei 7.347/85), seja como fiscal da ordem jurídica (art. 5º, § 1º, Lei 7.347/85).

Para bem e fielmente desenvolver suas funções nesta área de atuação, a Constituição Federal (art. 129, III), a Lei 8.265/93 (art. 26, I) e a Lei 7.347/85 (art. 8º, § 1º) conferiram, com exclusividade, ao Ministério Público a instauração e presidência do inquérito civil enquanto meio apto para fins investigativos extracriminais. Nenhum outro legitima-

O legislador, com essa tipificação penal, ao consagrar como crime a conduta daquele que recusa, retarda ou omite aquilo que foi requisitado, confere ainda maior relevância na atuação do Ministério Público na tutela dos interesses metaindividuais

do ativo tem essa faculdade de investigação. Atualmente o inquérito civil é regulamentado pela Resolução 23/2007-CNMP e no estado do Paraná pelo Ato Conjunto 01/2019-PGJ/CGMP.

Um dos principais instrumentos do exercício investigatório civil é o poder requisitório (art. 129, VI, CF e art. 26, I, 'b', Lei 8.265/93) direcionado a qualquer organismo público ou particular para obter documentos, procedimentos, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar (art. 8º, § 1º, Lei 7.347/85). E, como reforço ao poder requisitório, o art. 10 da Lei 7.347/85 estabelece que “constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez)

a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público”.

O legislador, com essa tipificação penal, ao consagrar como crime a conduta daquele que recusa, retarda ou omite aquilo que foi requisitado, confere ainda maior relevância na atuação do Ministério Público na tutela dos interesses metaindividuais. Pelos princípios constitucionais, principalmente o da legalidade estrita, que impede analogia em normas penais incriminadoras, esse delito somente restará configurado se a requisição for emanada do Ministério Público, e mais nenhum outro legitimado para a ação civil pública.

2. Objetividade jurídica

O bem jurídico tutelado é a regularidade da atuação do Ministério Público, coibindo-se a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis para a propositura da ação civil pública. O legislador houve por bem coibir comportamentos que lesem o exercício das funções ministeriais, visto que a tutela penal se mostra indispensável para a finalidade preventiva geral e especial pelo desatendimento das requisições.

“Este dispositivo da LACP trata do dever ativo de serem fornecidas todas as informações necessárias e suficientes à condução dos trabalhos de investigação do Ministério Público. O seu escopo é o de impedir que as pessoas – públicas e/ou privadas – detentoras de dados técnicos imprescindíveis para a demanda deixem de atender a requisição expressa do Ministério Público – não só dificultando, ou impedindo, a investigação, mas desrespeitando a instituição. [...] [Ainda que] qualquer forma de desobediência à ordem legal de funcionário público já estivesse incriminada em nosso ordenamento jurídico, preferiu o legislador apenar de maneira mais gravosa a conduta de quem recusa, retarda ou omite dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público” (MOREIRA, 2016).

3. Conduta nuclear

As condutas nucleares são a recusa, o retardamento e a omissão. Trata-se de crime objeto de tipo misto ou alternativo, de ação múltipla ou de conteúdo variado, que encerra três condutas nucleares, bastando que o agente incorra em qualquer uma delas para tipificar o delito, restando as condutas anteriores como *ante factum* impuníveis e as que viriam a ser praticadas na sequência como *post factum* impuníveis.

Recusar consiste em não aceitar, não dar, não fornecer, rejeitar, opor, negar, não obedecer ao cumprimento da requisição do

Ministério Público quanto ao fornecimento dos documentos e dos dados técnicos. É dizer expressa ou implicitamente que não acatará a requisição ministerial.

Não configura o delito se a recusa for motivada pela proteção do sigilo, quando então incide a inafastabilidade da jurisdição (art. 8º, § 2º, Lei 7.347/85), tal como o sigilo fiscal (art. 198, § 1º, I, CTN) e o sigilo bancário (art. 1º, caput e § 4º, Lei Complementar 105/01).

O Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu, pela atipicidade da conduta quando a recusa for relativa a informação coberta pelo sigilo: “O Ministério Público pode ‘requisitar, de qualquer organismo público, certidões, informações, exames e perícias’ (Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 8, par. 1) para instruir ação civil pública. O destinatário poderá negar certidão, ou informação, ‘nos casos em que a lei impuser sigilo’ (art. 8, par. 2). É o caso do sigilo bancário. Em sendo assim, a denúncia não pode prosperar. Não descreve fato típico” (STJ, REsp 66.854/DF, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 17/09/1996, DJ 16/12/1996, p. 50960).

Retardar significa demorar, delongar, protelar, adiar, atrasar o cumprimento de uma atividade que estava obrigado a atender, dentro do prazo assinalado, por força de requisição. Daí a importância da requisição ser expressa quanto ao prazo de cumprimento, que não poderá ser inferior a dez dias úteis (art. 8º, § 1º, Lei 7.347/85).

“O retardamento estará configurado se os dados forem entregues fora do prazo assinalado pelo órgão ministerial. Se o prazo assinalado não for suficiente para a apresentação das informações requisitadas pelo Ministério Público, é adequado que o agente, ainda no curso do prazo fixado, formule pedido de prorrogação, indicando as razões que impedem o atendimento da requisição no prazo inicialmente conferido. [...] Caso não haja observância aos prazos estabelecidos, em termos objetivos, estará caracterizado o retardamento” (MOREIRA, 2016).

Assim também já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: “Não há falar em tipicidade no comportamento que, diante de deferimento de dilação temporal para o cumprimento de requisição ministerial, atende tempestivamente à determinação. Sobreleve-se,

ainda, a circunstância de o procedimento investigatório ter sido arquivado, inexistindo pois as elementares retardamento ou omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, a qual sequer veio a se proposta” (STJ, HC 85.507/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009).

Omitir é deixar de fazer, não atuar, não manifestar, não pronunciar, deixar de fazer, deixar de lado, cair no esquecimento, tratando-se de um crime omissivo próprio. Aqui, “o agente, regularmente notificado para oferecer os dados técnicos, simplesmente deixa de atender a requisição” (MILARÉ, 2010, p. 234).

A requisição deve ter por destinatário uma pessoa natural individualizada, vale dizer, dirigida diretamente a alguém, não simplesmente à pessoa jurídica, que além de não ser sujeito ativo do delito, não lhe pode ter imputado o delito em presunção de que o responsável tenha sido inequivocamente cientificado dos termos da requisição.

Além disso deve existir comprovação de recebimento pelo destinatário e de que inequivocamente se trata de uma requisição, e não mero pedido ou solicitação, casos em que não haverá tipicidade criminal. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A ordem descumprida deve ser ‘individualizada’ e ‘transmitida diretamente ao destinatário, seja por escrito ou verbalmente’, sob pena de atipicidade do comportamento” (STF, AP 679, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2014, Acórdão Eletrônico Dje-213, Divulg. 29-10-2014, Public. 30-10-2014).

O destinatário deverá ser a pessoa capaz de cumprir com a requisição, sendo exigível o dever jurídico de agir, ou seja, sua obrigação legal de atender a requisição ministerial dentro de suas atribuições legais para fins de dar cumprimento direto ou de determinar que subordinados cumpram a ordem legal, cobrando eventuais omissões ou

Se o agente apresentar justificativa dando conta da impossibilidade material de execução da requisição no prazo estabelecido, o crime não se configura

atrasos, bem como de responder formalmente as requisições, inclusive justificar retardamentos e pedir dilação do prazo, que é fixado apenas no seu patamar mínimo, nada impedindo que se conceda quantitativo superior.

A obrigatoriedade do atendimento tempestivo decorre de a requisição ser uma ordem legal. Requisição “equivale a ordem” (MIRABETE, 2003, p. 97), portanto o agente jamais poderia descumprir injustificadamente a ordem emanada do Ministério Público nos termos da Lei 7.347/85.

Se o agente apresentar justificativa dando conta da impossibilidade de material de execução da requisição no prazo estabelecido, o crime não se configura, seja na hipótese de omissão ou na hipótese de retardamento. Isso porque “o prazo pode ser ampliado ou prorrogado pela autoridade requisitante. Por certo, a exigência de decurso de prazo razoável também é um elemento normativo implícito do injusto” (MAZZILLI, 2005, p. 390-1).

4. Elementos normativos do tipo

Os elementos objetivos do tipo penal cumprem a função de descrever o fato incriminado, competindo ao legislador exprimir em palavras todos os dados configuradores do crime, sem os quais, ausente um deles, a conduta será formalmente atípica.

Os elementos objetivos podem ser *descritivos*, aqueles que são sensorialmente percebidos pelos sentidos, ou *normativos*, aqueles que demandam um juízo de valor para alcançar seu real conteúdo. Elementos normativos do tipo consistem, então, nas expressões legislativas que exigem um juízo de valor para o seu conhecimento, numa técnica de remissão da norma penal a elementos outros que compõem e dão sentido a proibição.

O primeiro elemento normativo é o que a doutrina chama de elemento normativo implícito e consiste na ausência de motivo suficiente para não atendimento da requisição. No dizer de a MAZZILLI, “a recusa, o retardamento ou a omissão devem ser indevidos” (2005, p.

390). Isso implica dizer que restará afastada a tipicidade quando incidir uma justa causa, no sentido de falta de meios materiais para atender a requisição.

Existindo alguma impossibilidade de atendimento do objeto da requisição, o destinatário tem o dever de comunicar tal fato para fins de evitar o início da ação penal. Por cautela e visando maior segurança para a tipificação criminal, antes do oferecimento da denúncia, compete ao Ministério Público aquilatar eventual presença de alguma justa causa no desatendimento tempestivo das requisições.

Por dados técnicos entende-se a informação produzida de acordo com a técnica exigida por certa ciência ou os elementos para a formação de um entendimento, podendo envolver inclusive a elaboração de exames, relatórios, inspeções, vistorias, perícias ou fornecimento de documentos.

Dados técnicos são “os elementos que só podem ser coligidos por pessoas que detenham o conhecimento artístico ou científico em determinadas áreas. Exatamente por deterem esse específico tipo de conhecimento é que tais pessoas veiculam dados dotados de singular particularidade: a precisão” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 311).

Também estão inseridos no conceito de dados técnicos os documentos que se encontram na posse do destinatário da requisição, tais como procedimentos licitatórios, notas fiscais, empenhos, procedimentos de licença ambiental, estudos ambientais, procedimentos de registro de loteamento, procedimentos de concessão de alvarás e licenças, relatórios estatísticos, escrituras públicas, inteiro teor dos trâmites de projeto de lei, registros imobiliários etc.

O Superior Tribunal de Justiça, em precedente, pontuou que “a expressão ‘dados técnicos’ se refere a qualquer informação dependente de um conhecimento ou trabalho específico, que seja peculiar de determinado ofício ou profissão. Os documentos e informações requeridas pelo *Parquet* estão inseridos no conceito de ‘dados técnicos’, pois dizem respeito, tão somente, aos procedimentos observados na rotina de funcionamento da Câmara Municipal” (STJ, RHC 12.359/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 01/07/2002, p. 355).

Noutro julgamento a mesma corte decidiu que “as informações solicitadas pelo Ministério Público se enquadram no conceito de ‘dados técnicos’, uma vez que dizem respeito aos procedimentos observados na rotina de funcionamento da Prefeitura Municipal [...]. Isso porque os dados requeridos se referiam, v.g., a contratos celebrados pelo Município, se houve licitação em determinada contratação etc.” (STJ, REsp 785.129/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 29/06/2006, DJ 14/08/2006, p. 327).

Portanto, dados técnicos constituem informações que remontam as áreas específicas do saber (contabilidade, economia, engenharia, medicina etc.), excluindo-se apenas documentos de índole burocrática ou jurídica (isto é, documentos que podem ser formulados ou produzidos independente de conhecimento técnico específico de outras ciências ou de trâmites procedimentais internos).

Tais dados técnicos devem constituir prova e formar base material para propositura de ação civil pública, competindo ao Ministério Público no desenvolvimento de suas atividades constitucionais, conforme permite o art. 8º, § 1º, Lei 7.347/85, o poder de instaurar, sob sua presidência, inquérito civil e outros procedimentos visando investigar os fatos, com poder de requisitar a qualquer organismo público ou privado certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, cuja resposta poderá ser apresentada no prazo de dez dias úteis.

O inquérito civil “é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública. [...] Por meio do inquérito civil, podem-se promover diligências, requisitar documentos, informações, exames e perícias, expedir notificações, tomar depoimentos, proceder a vistorias e inspeções. O inquérito civil é procedimento investigatório não contraditório; nele não se decidem interesses nem se aplicam sanções; antes, ressalte-se sua informalidade” (MAZZILLI, 2005, p. 391).

Outro procedimento que pode ser adotado pelo Ministério Público, com a mesma finalidade investigativa do inquérito civil, é o nominado *procedimento preparatório*. A diferença entre os instrumen-

tos é que enquanto o inquérito civil exige a presença de um investigado devidamente identificado, o procedimento preparatório dispensa existência do investigado. O procedimento preparatório se destina a complementar as informações recebidas pelo Ministério Público antes de instaurar o inquérito civil, visando apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto (art. 2º, § 4º, Resolução 23/2007-CNMP).

As requisições do Ministério Público, para fins de tipificação criminal no art. 10 da Lei 7.347/85, devem ser destinadas à propositura da ação civil pública para a tutela de qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. Não tipificará o delito se a recusa, retardamento ou omissão tiver por objeto a propositura de outras demandas, tais como ações de interdição, ações de alimentos, medidas de proteção a idoso, crianças ou adolescente etc., pois aqui se tutela um direito individual indisponível não regulamentado pelo microsistema da tutela coletiva.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “Sobreleve-se, ainda, a circunstância de o procedimento investigatório ter sido arquivado, inexistindo pois as elementares retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, a qual sequer veio a se proposta” (STJ, HC 85.507/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009).

Assim, se ao final das investigações o Ministério Público promover o arquivamento do inquérito civil ou seu procedimento preparatório (art. 9º, Lei 7.347/85), o fato será atípico porque a norma penal exige a finalidade de propositura da ação civil pública, não para fins únicos de instrução das investigações civis. Nesses casos, poderá o fato ser tipificado no crime de desobediência do art. 330 do CP.

Se há dúvida quanto à efetiva ocorrência de danos morais ou patrimoniais aos direitos tutelados (art. 1º, caput, Lei 7.347/85), tanto

Não há possibilidade do exercício de ação penal antes do término das investigações e da propositura da ação civil

que ainda pendente as investigações, é evidente que há dúvida também sobre a existência do elemento normativo do tipo, que não se completa na fase inquisitiva.

Portanto, não há possibilidade do exercício de ação penal antes do término das investigações e da propositura da ação civil, por carecer de justa causa por prematura instauração, sendo o caso então de rejeição da denúncia por falta de justa causa (art. 395, III, CPP) ou de absolvição sumária por não constituir crime (art. 397, III, CPP), permitido, ainda, o uso do *habeas corpus* para trancar a ação penal (art. 648, I, CPP).

O último elemento objetivo do tipo a ser enfrentado diz respeito à indispensabilidade desses dados técnicos para a propositura de ação civil pública

O Supremo Tribunal Federal, ao rejeitar uma denúncia envolvendo agente público com foro privilegiado, fundamentou que “não há na denúncia qualquer alusão sobre a instauração de ações civis públicas sobre os temas versados nos ofícios cujas informações técnicas foram omitidas” (STF, AP 679, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2014, Acórdão Eletrônico Dje-213, Divulg. 29-

10-2014, Public. 30-10-2014).

Se a ação penal já se encontra em andamento, chegando ao seu termo sem que a ação civil pública tenha sido proposta ou se o Ministério Público tiver arquivado as investigações, será hipótese de absolvição por não constituir o fato infração penal (art. 386, III, CPP).

O último elemento objetivo do tipo a ser enfrentado diz respeito à indispensabilidade desses dados técnicos para a propositura de ação civil pública. Tal indispensabilidade aponta não para mera utilidade dos dados como provas, mas sim provas necessárias e imprescindíveis, ou seja, que haverá prejuízo sério e efetivo para a prova ao ponto de não permitir o preenchimento do determinado pelo art. 320, CPC: “A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”.

Contudo, ainda assim, “se em razão da falta dos dados requisitados, foi possível ajuizar a ação, mas apenas de maneira imprópria, incompleta ou imperfeita, isso significa que a informação faltante era indispensável; assim, não terá ocorrido o crime” (MAZZILLI, 2005, p. 391).

Nesses casos, comprovada a inviabilidade do acesso aos documentos e dados técnicos em posse do diligenciado diretamente pelo Ministério Público, possível será pleitear tutela de urgência cível de natureza cautelar (art. 301, CPC), antecedente ou incidental (arts. 294, 301 e 305, CPC), bem como pedido de busca e apreensão criminal (art. 240, CPP).

A tipicidade revela também que o destinatário da requisição não tem competência discricionária para livremente escolher quais informações serão fornecidas ao Ministério Público, devendo apenas atender a ordem, sob pena de incorrer no delito.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que “improcede a alegação de que os Poderes Executivo e Legislativo não estariam obrigados a atender a requisições ministeriais, pois pode ser destinatário da requisição qualquer órgão da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes Públicos. [...] Não se pode aceitar a verdadeira pretensão, da paciente, de se atribuir o direito de escolher o tipo de documentação que deva remeter ao Ministério Público, sob pena de inconcebível inversão de valores e de situações” (STJ, RHC 11.888/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 18/10/2001, DJ 19/11/2001, p. 291).

Presentes a conduta nuclear e todos os elementos descritivos e normativos, a tipicidade objetiva estará confirmada.

5. Sujeitos do crime

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime, agentes públicos ou privados, desde que tenha as informações técnicas ou documentos requisitados ou que possa influir de alguma forma no processo de obtenção e entrega ao Ministério Público. Trata-se de crime comum

com previsão legal expressa de que a requisição pode ser endereçada a organismo público ou particular (art. 8º, § 1º, Lei 7.347/85).

O sujeito passivo é o Estado, por ser o titular do princípio de auto-ridade, representado neste caso pelo Ministério Público, na qualidade de órgão estatal, instituição da qual provém a requisição que ensejou a recusa, retardamento ou omissão, e cuja autoridade é contestada com a desobediência à requisição.

6. Elemento subjetivo

O elemento subjetivo do tipo consiste no dolo genérico, não sendo exigido pela legislação qualquer especial fim de agir, o chamado dolo específico. Dolo consiste na vontade de praticar uma das condutas previstas em lei. Exige-se consciência do agente de que a prática é antijurídica.

Entende-se por dolo “a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto doloso. Dolo, como resolução delitativa, é saber e querer a realização do tipo objetivo de um delito” (PRADO, 2013, p. 404).

O Supremo Tribunal Federal já esclareceu a contento que “é fundamental na espécie, a demonstração apriorística de que o agente tenha agido com dolo, já que não é punível, na espécie, a figura culposa. [...] Há de estar presente intenção clara e direta de descumprimento da ordem por parte do apontado autor do ilícito, com demonstração, por ocasião do oferecimento da denúncia, de forma veemente e bastante clara, de que haja chegado a conhecimento do denunciado a determinação constante dos ofícios que lhe foram dirigidos” (STF, AP 679, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2014, Acórdão Eletrônico Dje-213, Divulg. 29-10-2014, Public. 30-10-2014).

No mesmo sentido foi o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “O crime do art. 10 da Lei 7.234/85 é punível apenas a título de dolo, ou seja, quando o agente deliberadamente se preordena à desobediência do dever jurídico de fornecer os dados requisitados pelo Ministério

Público” (TJPR, 2ª Câmara Criminal – AC 568688-4 – Maringá - Rel.: José Laurindo de Souza Netto – Unânime – J. 24.09.2009).

A omissão ou o retardamento no atendimento da requisição quando decorrente de negligência por parte do diligenciado não configura o crime por ausência de expressa previsão legal da modalidade culposa, segundo exige o princípio da excepcionalidade do crime culposo (art. 18, parágrafo único, CP).

7. Consumação e tentativa

A consumação do crime se dá com a efetiva prática da conduta, comissiva ou omissiva. Trata de crime formal em todas as hipóteses, pelo que se consuma com a própria recusa, retardamento ou omissão, independentemente de qualquer resultado material.

Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal: “O delito imputado (art. 10 da Lei 7.347/1985) faz parte dos chamados crimes formais, sendo irrelevante a ocorrência do resultado para sua consumação” (STF, HC 84367, Relator: Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 09/11/2004, DJ 18-02-2005, PP-00033).

Nos crimes formais a norma penal descreve o resultado naturalístico, mas não o exige para a consumação. Conforme Bruno, “formais são aqueles em que não há pretender destacar do comportamento do sujeito um resultado a ser tomado em consideração pelo direito, o que acontece é que com a própria atividade realiza-se o resultado, o que tinha de ocorrer ocorreu. [...] Nestes para que a consumação se reputa completa, não é preciso verificar-se mais do que a simples ação ou omissão do sujeito. O resultado de dano ou de perigo prescinde de ser apurado” (1967, p. 221-2).

Na modalidade omissiva, a falta de atendimento no prazo fixado pela lei, que será de um decênio, no mínimo, consuma-se “no momento em que o sujeito ativo deveria agir, mas não o fez” (MIRABETE, 2004, p. 154).

A tentativa é a resolução incompleta do tipo objetivo, que não se realiza por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, CP),

o que é incompatível com os crimes formais porque nestes não se exige a verificação do resultado material da conduta.

Sendo assim, o crime do art. 10 da Lei 7.347/85 não admite a tentativa, pois já estará consumado no momento da prática da conduta de recusar, retardar ou omitir o objeto da requisição pelo Ministério Público.

8. Pena e ação penal

O preceito secundário da norma pena incriminadora traz a pena de reclusão de um a três anos, mais multa cumulativa, sendo competência da justiça comum, afastado o juizado especial criminal por ter pena máxima superior a dois anos (art. 61, Lei 9.099/95).

É permitido o benefício da suspensão condicional do processo porque a pena mínima é igual a um ano (art. 89, Lei 9.099/95).

Na hipótese de condenação está autorizada, em princípio, segundo os critérios objetivos da norma, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 44, I, CP).

A ação penal é pública incondicionada, de iniciativa privativa do próprio Ministério Público enquanto titular da ação (art. 129, I, CF e art. 4º, caput, primeira parte, CPP).

Conclusão

O crime do art. 10, Lei 7.347/85 constitui uma forma qualificada do crime de desobediência e atende ao caráter preventivo geral e especial do direito penal, garantidor do pleno exercício das atividades do Ministério Público na tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sem turbacões ou resistências.

A tipificação é perfeitamente justificável, considerando-se as graves consequências que as ofensas aos bens metaindividuais provocam à coletividade como um todo, caso a investigação civil e a ação civil pública não estejam devidamente instruídas.

Seu estudo e compreensão adquire, portanto, significativa relevância para a correta aplicação da norma penal como garantidora do bem jurídico tutelado.

Nota

1. Erinton Cristiano Dalmaso. Mestrando em Direito Negocial (UEL). Especialista em Direito Penal e Processual Penal (UEL). Bacharel em Direito (UNOPAR). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR), titular da 3ª Promotoria de Justiça da Comarca de Cornélio Procopio, com atribuições na Proteção ao Patrimônio Público, Proteção à Saúde Pública, Proteção ao Meio Ambiente, Defesa do Consumidor, Fundações e Terceiro Setor, Reparação do Dano Resultante de Crime, Varas Cíveis e da Fazenda Pública e Juizados Especiais Cíveis, Criminais e da Fazenda Pública.

Referências

- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: Tomo II. 3. ed Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*: comentários por artigo. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GOMES, Luiz Flávio [coord.]. *Direito penal*: parte geral: volume 2. São Paulo: RT, 2007.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MILARÉ, Édís [coord.]. *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentário à lei de ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [livro eletrônico].
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: volume 1. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Tratado de direito penal brasileiro*: parte geral: volume 2: teoria jurídica do delito. São Paulo: RT, 2014.

ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. Breves comentários ao crime do art. 10 da Lei 7.347/85. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 62/2006. p. 178-196.

VARGAS, José Cirino de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

O Conselho da Comunidade de Matinhos como exemplo de efetividade da Lei de Execução Penal

Erenê Oton França de Lacerda Filho¹

Mestrando, professor-tutor nos Cursos Tecnólogos em Gestão Pública e Segurança Pública, advogado

Adriana Lucinda de Oliveira²

Doutora, professora da Universidade Federal do Paraná

Resumo: A atuação dos conselhos da comunidade como órgão de execução penal vai além das disposições da Lei de Execução Penal, acumulando os conselhos atribuições de patronato para atingir sua finalidade na fiscalização dos estabelecimentos carcerários, suprir as necessidades dos custodiados e propiciar condições aos egressos ou pessoas recém-libertas em decorrência da progressão de regime prisional. Dentre outros objetivos, conforme as metas da ONU para 2030, esta política pública penal visa o acesso à justiça, o exercício da cidadania e a solidez de instituições eficazes, voltadas às pessoas em conflito com a lei. O ideal seria que os egressos integrassem os conselhos comunitários, porém a realidade demonstra que os conselhos são compostos por cidadãos voluntários. No caso do município de Matinhos, o destaque ocorreu ao firmar parceria com a Universidade Federal do Paraná, o que facilitou a apuração de dados, o suporte ao egresso de forma mais técnica e o reflexo na produção científica. Os dados coletados, além de cristalizar a realidade, são úteis ao poder público e ao Poder Judiciário na reformulação de políticas públicas.

Política pública penal

O ENFRENTAMENTO DA CULTURA da marginalização, imposta pela sociedade aos reeducandos e egressos do sistema penal, envolve ação do Estado em interação dinâmica de uma rede social para confrontar e superar problemas políticos, burocráticos, sociais e econômicos.

A Lei de Execução Penal 7.210/84 (LEP) tem por objetivo “efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984). E entre os oito órgãos de execução, o Conselho da Comunidade possui quatro incumbências (art. 81), ademais de intermediar assistência material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Já a Resolução 10/2004 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) acresce outras atribuições ao conselho – capacitação profissional, consultiva, fiscalizadora e fomento à participação da comunidade – enquanto as Resoluções 11/2009 e 09/2010 tratam do fortalecimento logístico no exercício da atividade meio com suporte material-financeiro e acesso às prisões.

O Conselho da Comunidade de Matinhos buscou parcerias para profissionalizar os egressos como meio de facilitar a absorção desta mão de obra na localidade, propiciar condições dignas à retomada da vida e favorecer a regularização de documentos ao exercício dos direitos político-civis. Nota-se que a atuação dos conselhos da comunidade, como política pública penal, busca reinserir o egresso na sociedade local e, por via reflexa, fomenta o desenvolvimento socioeconômico e humano, almejando benefícios de ordem educacional, profissional e social.

Desta teia de questões, segundo a crítica de Bachrach e Baratz (1970), verifica-se como “tema-chave” na condução desta política pública penal o estancamento de uma sangria social: a reincidência delitiva. Inclusive a própria legislação penal, em sua evolução, criou formas de relativizar o cumprimento da pena em detrimento do cárcere pela maior aplicação de medidas socioeducativas.

Entre os objetivos da retomada da vida do egresso e a ação do conselho da comunidade, vislumbra-se a necessidade local de profissionais

em diversos segmentos do comércio e construção civil. Sendo assim, é interessante que o conselho não fique adstrito às funções mínimas descritas na Lei de Execução Penal, mas atinja a efetividade no exercício da política penal, ao contar com uma rede de parcerias e diálogo ativo com outros conselhos, patronatos da região, quiçá no âmbito estadual.

Os teóricos Muller e Surel (2002) descrevem que, ao se elaborar um quadro geral de ação para uma política pública, encontram-se três dificuldades: o caráter normativo do programa e seus objetivos a atingir; quem define a ação pública; e o quadro analítico mesmo diante das contradições política. Ato contínuo, quanto à operacionalidade de uma política pública, Secchi (2014) destaca nove etapas, a saber: (I) identificação do problema; (II) formação da agenda; (III) análise de temas da agenda formal; (IV) formulação de alternativas; (V) avaliação *ex ante* (projeções, previsões e conjecturas); (VI) tomada de decisão; (VII) implementação; (VIII) avaliação vista como “processo de julgamentos deliberados sobre a validade de propostas para a ação pública, sobre o sucesso ou a falha de projetos que foram colocados em práticas”; (IX) extinção (caso atinja sua finalidade original).

Ao analisar a efetividade de uma política pública, são necessárias contínuas avaliações e escuta ativa dos envolvidos. No caso da LEP, esta participação propicia aos colaboradores do conselho da comunidade um melhor auxílio aos egressos e familiares, além de toda rede social envolvida para atingirem seus objetivos, sendo interessante a participação por cogestão, “na qual a administração da organização [conselho da comunidade] é compartilhada mediante mecanismos de codecisão e colegialidade” (Bordenave, 1994). Nesta lógica, além das exigências para criação do conselho da comunidade que requer em seus quadros um profissional de serviço social, um representante da associação comercial e um advogado, busca-se o salutar diálogo com os membros dos três poderes e Ministério Público.

O Conselho da Comunidade de Matinhos buscou parcerias para profissionalizar os egressos como meio de facilitar a absorção desta mão de obra na localidade

Outro ponto de suma importância é a participação ativa dos destinatários desta política penal, em que “a comunidade se estuda a si mesma com a finalidade de usar esse conhecimento e as novas percepções sobre si mesma para transformar sua situação”:

A educação para a participação: A qualidade da participação se eleva quando as pessoas aprendem a conhecer a sua realidade; a refletir; a superar contradições reais ou aparentes; a identificar premissas subjacentes; a antecipar consequências; a entender novos significados das palavras; a distinguir efeitos de causas, observações de inferências e fatos de julgamentos. A qualidade da educação aumenta também quando as pessoas aprendem a manejar conflitos; clarificar sentimentos e comportamentos; tolerar divergências; respeitar opiniões; adiar gratificações (BORDENAVE, 1994, p. 72-3).

De modo mais apurado, para além dos ditames em lei, as atividades desenvolvidas pelo Conselho da Comunidade de Matinhos, no litoral do Paraná, os objetivos atingidos, os planos de ação na execução e sua finalidade como órgão de execução penal corroboram a eficiência e efetividade desta política pública penal, além de oportunizar eventuais correções e melhorias dos trabalhos.

Outrossim, agrega-se o conceito de desenvolvimento territorial sustentável, visto no objetivo 16 da ONU para 2030, no tocante ao acesso à justiça para todos e à construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas. Na prática isso tem ocorrido pela ação integrada de diversos atores sociais, a partir do acompanhamento do egresso em regime aberto, semiaberto (com monitoração eletrônica ou prisão domiciliar) e regime fechado (com assistência aos familiares).

A pró-atividade do conselho serve de paradigma aos demais conselhos da comunidade, cujas boas práticas podem ser propagadas pela Federação dos Conselhos da Comunidade do Estado do Paraná (FECCOMPAR), além de fortalecer a governabilidade deste órgão de execução penal a partir de êxitos administrativos e avanços estruturais.

Parceria Conselho da Comunidade x Universidade Federal do Paraná

O Conselho da Comunidade firmou contrato de parceria com a UFPR/Litoral para prestar serviço técnico especializado (Instrução Normativa Conjunta 02/2014-CGJ/PR e MPPR), envolvendo o curso de graduação de Serviço Social e o programa de mestrado de Desenvolvimento Territorial Sustentável, idealizado pelo Projeto de Extensão “Conselho da Comunidade em Ação”. Entre 9.3.2018 e 6.4.2018 houve a coleta de dados via fichas de entrevista social com egressos e familiares, além de visitas técnicas à carceragem temporária da Delegacia Cidadã do Município de Matinhos. Foram 335 pessoas acompanhadas:

No que competia o universo de pessoas acompanhadas/fiscalizadas pelo Conselho da Comunidade na época em questão tinha-se um total de 555 pessoas, dentre elas: 82 egressas, ou seja, já cumpriram sua pena mediante a justiça; 118 encontravam-se irregulares, pois deixaram de comparecer ao Conselho e prestar esclarecimentos sobre sua ocupação lícita e endereço fixo; 11 pessoas encontravam-se em regime fechado; 335 estavam regulares, ou seja, realizavam o comparecimento mensal, bimestral ou trimestralmente para colhimento de assinatura no Conselho; e nove pessoas em conversão pecuniária, que são aquelas pessoas que não possuíam condições de cumprir a pena imposta e solicitaram junto ao juiz da Comarca a conversão no pagamento de valor em dinheiro. Os dados apresentados no primeiro relatório foram referentes às 335 pessoas em situação regular (OLIVEIRA, 2019, p. 35).

No decorrer de doze meses, com início em fevereiro de 2018, o empenho foi no sentido de elaborar alternativas de trabalho e de renda, e firmar parcerias institucionais visando o desenvolvimento humano e social dos egressos. Dentre as práticas executadas, destacam-se: conhecimento sobre a realidade do egresso; identificação de eventual dependência a substância psicoativa e encaminhamento voluntário a tratamento; implementação de acompanhamento social [egresso] e/ou

do núcleo familiar envolvido; a busca de possibilidade de trabalho e renda.

Este projeto resultou no Relatório de Análise (OLIVEIRA, 2019), em 130 laudas, constituído de 45 tabelas de dados estatísticos, 11 quadros e 4 gráficos. Vale reprimir o quadro analítico do grau de escolaridade, exercício profissional, cursos profissionalizantes e saberes empíricos dos reeducandos, bem como suas conclusões, como noção ao trabalho hercúleo desenvolvido e efetividade na gestão do conselho:

3.1.2. Características sociais dos apenados

Quanto à escolaridade, tem-se um número relevante de pessoas que não concluíram o Ensino Fundamental, pouco menos da metade. Comparativamente ao padrão nacional, os entrevistados possuem melhor escolaridade: enquanto no Brasil 24% superaram o ensino fundamental, em Matinhos essa parcela atinge 44% (Tabela 26).

TABELA 26 – ESCOLARIDADE DOS ENTREVISTADOS (EM UNIDADES, PROPORÇÃO PERCENTUAL E PROPORÇÃO PERCENTUAL ACUMULADA)

Escolaridade	Unidades	%	% acumulada
Ensino Fund. incompleto	41	48	48
Ensino Fund. completo	6	7	55
Ensino Médio incompleto	14	16	71
Ensino Médio completo	14	16	87
Ensino Superior incompleto	4	5	92
Ensino Superior completo	6	7	99
Outros	1	1	100

FONTE: Pesquisa de campo

3.1.6. Realidade Socioeconômica

A atividade remunerada no período pós-prisional foi realizada por oito em cada dez, denotando que o egresso do regime fechado conseguiu acesso à renda; no entanto, trata-se de um acesso precário, uma vez que dois terços dos que desempenharam aquela atividade o foram de modo informal, uma realidade que se contrapõe à veri-

ficada por Lannes (2017) para a cidade de Matinhos, em que a informalidade respondia por 37% das formas de emprego. Quatro em cada dez egressos desenvolveram atividades ligadas à construção civil, um quarto dos mesmos, atividades ligadas a serviços gerais, um décimo, ao setor de alimentação e pouco menos disso, a vendas, ademais de uma dispersão de atividades classificadas em “outros”, corroborando a tese de Singer (2001: 12) que “uma das características do trabalho informal é que ele se restringe a poucos ramos de atividades (...). Estes serviços muitas vezes exigem experiência e conhecimentos, mas não escolaridade elevada”. Dois terços desses egressos estão em atividade remunerada há mais de um ano e o terço restante dividindo-se entre até três meses de trabalho ou de seis a um ano (Tabela 39).

Pouco mais da metade dos egressos em atividade remunerada desejam mudar de trabalho, sendo mais pronunciada nos contratos informais. É significativo, por outro lado, a proporção daqueles que não desejam mudar de trabalho, sendo mais pronunciada nos contratos formais. Há grande dispersão de áreas de atividade a que desejam migrar os egressos, sendo quase a metade agrupada em atividades de serviços em geral, como manicure e esteticista, motorista, pintura e zeladoria; pouco mais de um décimo desses egressos busca emprego em atividades definidas como industriais ou no setor de alimentação; cerca de um quinto pretende tão somente atividade de maior renda ou a formalização do contrato de trabalho; é residual o desejo de migrar para atividades como as da construção civil e vendas.

TABELA 39 – REALIZAÇÃO DE ATIVIDADE REMUNERADA, FORMA CONTRATUAL DA ATIVIDADE, SETORES DE ATIVIDADE E TEMPO DE ATIVIDADE DOS EGRESSOS DO SISTEMA PENAL (EM UNIDADES E PROPORÇÃO PERCENTUAL)

Realização de atividade remunerada		
Sim	Não	Total
72	14	86
84%	16%	100%

Forma contratual da atividade					
Formal	Não			Total	
25	47			72	
35%	65%			100%	

Setores de atividade remunerada					
Serv. em geral	Const. Civil	Vendas	Alim.	Outros	Total
17	31	6	8	10	72
24%	43%	8%	11%	14%	100%

Tempo na atividade remunerada					
0 a 3 meses	3 a 6 meses	6 a 12 meses	Mais de 1 ano	Mais de 5 anos	Total
10	3	9	42	8	72
14%	4%	13%	58%	11%	100%

FONTE: Pesquisa de campo

A motivação para a permanência no atual emprego é basicamente a satisfação obtida com o trabalho, sendo residual a maior remuneração e a falta de opção; um quarto dos egressos não manifestou motivo de permanência, apenas descreveu a atividade que realiza. A motivação para a mudança de emprego não é clara, pois a maioria manifestou satisfação com o emprego atual ou descreveu o que realizava; é residual a manifestação dos que buscavam maior satisfação em outra atividade ou a formalização ou maior renda, denotando aqui um possível problema de condução da entrevista (Tabela 40).

TABELA 40 – PERSPECTIVA DE MUDANÇA DE ATIVIDADE LABORAL, ÁREA DE INTERESSE E MOTIVAÇÃO PARA PERMANÊNCIA OU MUDANÇA NOS EGRESSOS DO SISTEMA PENAL (EM UNIDADES E PROPORÇÃO PERCENTUAL)

Perspectiva de mudança de atividade		
Sim	Não	Total
38	34	72
53%	47%	100%

Áreas de trabalho ou razão para mudança de atividade						
Serv. em geral	Const. Civil	Vendas	Alimen.	Maior renda	Indústria	Total
18	3	3	5	6	5	40
45%	8%	8%	13%	15%	13%	100%

Motivação para não mudança de atividade				
Satisfação	Descrição	Falta de opção	Maior renda	Total
17	7	1	1	26
65%	27%	4%	4%	100%

Motivação para mudança de atividade					
Satisfação	Maior Satisfação	Descrição	Formaliz.	Maior renda	Total
15	2	7	1	1	26
58%	8%	27%	4%	4%	100%

FONTE: Pesquisa de campo; dados percentuais arredondados

Pouco mais de um terço dos egressos passaram por curso profissionalizante e o fizeram, em sua maioria, em mais de uma vez. Ao todo, foram 60 cursos profissionalizantes que se pode classificar segundo os setores econômicos demandantes; a maior parte relacionasse com os serviços industriais, como operações de empilhadeira, de máquina, de pá carregadeira e de ponte rolante, segurança no trabalho, solda e metalurgia; em seguida, surgem as prestações de serviços, como a conciliação predial, a estética e manicure, a oficina de capoeira e o teatro; a construção civil absorve a terceira maior realização de cursos, como eletricidade predial, instalação de ar-condicionado, canteiro de obra e periculosidade; a informática constitui em curso pouco menos procurado, assim como os serviços internos às empresas, como administração, recursos humanos e contabilidade, vendas e zeladoria predial, e serviços de alimentação, como padeiro e reaproveitamento de alimentos, e os cursos de mecânica de motos e automóveis (Tabela 42).

TABELA 42 – CURSOS PROFISSIONALIZANTES, NÚMERO DE CURSOS REALIZADOS E SETORES DEMANDANTES DOS CURSOS REALIZADOS PELOS EGRESSOS DO SISTEMA PENAL (EM UNIDADES DE EMPREGO E PROPORÇÃO PERCENTUAL)

Realização de cursos profissionalizantes							
Sim	Não			Total			
32	54			86			
37%	63%			100%			

Frequência de quantidade de cursos realizados				
Um	Dois	Três	Cinco	Total
13	10	8	1	32
41%	31%	25%	3%	100%

Setores de mandantes de cursos profissionalizantes								
Serviços	Inter. às	Const.	Mecân.	Inform.	Serv.	Prest.	Aliment.	Total
empresas	Civil	autom.			Inds.	Serv.		
8	11	3	8	14	12	4	60	
13%	18%	5%	13%	23%	20%	7%	100%	

FONTE: Pesquisa de campo; dados percentuais arredondados

Os egressos do sistema penal possuem diversos saberes aprendidos ao longo de sua vida sem a realização de curso formal. Oito em cada dez relatam possuir apenas um saber acumulado, um décimo possui dois saberes e um décimo possui até três saberes empíricos. Os saberes ligados à construção civil foram os mais adquiridos, como a carpintaria, a eletricidade predial, a pintura e as obras de construção em geral; os saberes na área de alimentação vêm a seguir, como a culinária, a confeitaria, a panificação, e a produção de salgados, de hamburgers e de pizzas; os saberes ligados aos veículos automotores também fazem parte desse aprendizado, como a mecânica e elétrica de automóveis e de motos e a funilaria e pintura; em menor grau, aparecem saberes em horta e jardim, além dos saberes em informática; por fim, há uma variedade de saberes dispersos que se agrupou como outros

serviços, tais como o ensino do inglês, o serviço de estética pessoal, a instalação de antenas ou ainda a limpeza em geral (Tabela 43). Esses saberes do trabalho compõem a trajetória de vida no e do trabalho do sujeito, bem como a sua identidade, através das mediações no processo de escolarização, qualificação técnica e da capacidade de abstração, relacional, de hábitos e fazeres familiares que perpassam a vida doméstica, do cuidado, relacional e os modos de vida.

TABELA 43 – SABERES DESENVOLVIDOS SEM EDUCAÇÃO FORMAL PELOS EGRESSOS DO SISTEMA PENAL E ÁREAS DE SABER (EM UNIDADES DE EMPREGO E PROPORÇÃO PERCENTUAL)

Frequência de quantidade de saberes adquiridos sem educação formal

Um	Dois	Três	Cinco	Total
62	10	7	1	80
78%	13%	9%	1%	100%

Áreas de saberes adquiridos sem educação formal

Const. Civil	Arte	Reparos Autom.	Inform.	Horta e jard.	Alimen.	Outros serv.	Total
66	4	14	8	9	21	27	149
44%	3%	9%	5%	6%	14%	18%	100%

FONTE: Pesquisa de campo; dados percentuais arredondados

A análise de dados primários, por intermédio de questionário aplicado pelos graduandos do curso de Serviço Social da UFPR, trouxe dados concretos que demonstram a importância de investimentos e maior atenção pelos atores envolvidos nesta política pública penal. Assim, o diagnóstico dos dilemas, a ação coletiva na identificação do problema, a criação de agenda, a formulação de alternativas, a tomada de decisão, a implantação e planejamento de gestão são possíveis através da rede de parcerias.

Quanto à importância de parcerias para fins acadêmicos em nível de pós-graduação e para propiciar o acesso a informações do Judiciário, foi firmado em 17.2.2022 um protocolo de intenções entre

o TJPR e a UFPR para compartilhamento de dados. Este ato marcou o início dos trabalhos realizados pelo Observatório de Dados do Tribunal Paranaense, acessível pelo site, de modo a reforçar a transparência pública, almejando a aproximação da comunidade às instituições.

Linhas conclusivas

É perceptível a necessidade de uma gestão cooperativa entre todos os atores sociais envolvidos, não somente do ponto de vista criminológico, mas sob a óptica do desenvolvimento territorial. Esta cooperação pode ocorrer dentro de uma rede de parcerias para melhor tomada de decisão conjunta, com a intermediação pujante do conselho da comunidade, maior autonomia gerencial, aumento de recursos financeiros disponíveis e consequente ampliação de funcionários contratados.

Naturalmente que a ação exclusiva do Poder Judiciário na reintegração do reeducando não é suficiente, sendo necessários os incentivos do poder público, uma atuação da sociedade civil organizada, bem como de empresariado e entidades de ensino público e privado.

De modo simbiótico, todos os atores envolvidos possuem relevo na construção, financiamento e implementação da agenda de programas sociais, visto que atingem o egresso e seus familiares. Esta conexão é resultado de uma longa construção de aprendizagem coletiva a estabelecer normas de conduta tácita. Nas palavras de Pecqueur (2005), estas “normas têm a função de organizar, selecionar e hierarquizar a informação, como também de orientar ou guiar os comportamentos, oferecendo assim a cada ator do território um espaço de inteligibilidade e de ação”.

Mesmo que um município possua uma rede social forte, o quadro gestor do conselho da comunidade é eleito periodicamente, podendo a nova gestão por ausência de planejamento e má administração causar prejuízo a projetos e planos em fase de implementação ou execução, à míngua das exigências impostas em lei e pelo Judiciário.

Assim, vale atentar-se ao fato de que o conselho da comunidade depende de repasse de verba pelo Poder Judiciário, devendo prestar contas e demonstrar a sua eficiência na execução de suas finalidades. Neste caso, é completamente plausível que os conselhos da comunidade proativos disponham de maiores repasses pecuniários para continuidade e aperfeiçoamento de suas atribuições, que almejam garantir dignas condições de desenvolvimento humano e reintegração social, o que reflete indiretamente na integração do egresso na comunidade e cultura local.

Notas

1. Erenê Oton França de Lacerda Filho. Mestrando, professor-tutor nos Cursos Tecnólogos em Gestão Pública e Segurança Pública, advogado.
2. Adriana Lucinda de Oliveira. Doutora, professora da Universidade Federal do Paraná.

Referências

- BORDENAVE, Juan E. Diaz. *O que é participação?* São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BRASIL. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em 20 de outubro de 2019.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resoluções*. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnppc/resolucoes>> Acesso em 29 de outubro de 2019.
- MULLER, Pierre; SUREL, Yves. *Análise das políticas públicas*. Tradução: Agemir Bavaresco e Alceu R. Ferraro. Pelotas: Educat, 2002.
- OLIVEIRA, Adriana Lucinda de; et. al. Projeto de Extensão Conselho da Comunidade em Ação. Relatório – Universidade Federal do Paraná, Setor Litoral, Matinhos, 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em:< <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>> Acesso em: 21 jan. 2022.
- PECQUEUR, Bernard. (2005) O desenvolvimento territorial: uma nova abordagem dos processos de desenvolvimento para as economias do Sul. *Raízes*, Campina Grande, vol. 24, n^{os} 01 e 02, p. 10-22, jan./dez. 2005.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Convênio do TJPR com a Universidade Federal do Paraná promove a pesquisa jurídica e transparência institucional. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/convenio-do-tjpr-com-a-universidade-federal-do-parana-promove-a-pesquisa-juridica-e-transparencia-institucional/18319> Acesso em: 22 fev. 2022.

Posições epistêmicas privilegiadas e sugestões metodológicas para a valoração da prova oral: alguns aportes

Danielle Nogueira Mota Comar¹

Juíza de Direito da 9ª Vara Criminal do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba

Tiago Gagliano Pinto Alberto²

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná

Resumo: O presente artigo enfoca a análise acerca da prova testemunhal, bem como as posições processuais privilegiadas no âmbito do processo judicial, sendo certo que se trata de tema aberto, objeto de inúmeras outras abordagens teóricas, de modo que a sugestão aqui contida não é exaustiva, tampouco se pretende definitiva. Contudo, buscar-se-á descrever e levantar questionamentos acerca de tais proposições, enquanto são tecidos alguns apontamentos sobre a correlação entre as teorias i) do monitoramento da fonte, que verifica se existe confusão ou erro de julgamento entre atribuição da fonte e a origem da memória; e ii) do traço difuso e suas concepções de memórias de essência e literais, com o incremento do grau de corroboração entre o que é dito e como é valorado, para o fim de promover o debate.

Introdução

A PROVA TESTEMUNHAL CONSTITUI um dos principais meios de prova no processo penal. Raramente uma acusação penal é pautada apenas em substrato documental. Nesse sentido:

Quanto à fase processual, houve uma confluência quase unânime entre todos os grupos de atores jurídicos de que a prova testemunhal é de suma importância para o desfecho do processo. Diversos atores estimaram que mais de 90% dos casos eram resolvidos com base em provas testemunhais. Os participantes mencionaram a relevância assumida pelos depoimentos de policiais militares, pois, em alguns casos, esses são os únicos depoentes disponíveis, seja pela inexistência de outras testemunhas, seja pelo temor sentido pelas testemunhas existentes, que as levam ao não comparecimento em juízo ou à contradição de seus depoimentos anteriores. Os atores jurídicos, contudo, divergem sobre a qualidade do depoimento policial (KAGUEIAMA, 2021, p. 261).

A rigor, qualquer pessoa pode ser testemunha, na dicção do art. 202 do Código de Processo Penal, havendo restrições excepcionadas nos arts. 206, 207 e 208 do mesmo diploma legal. Não há sistema tarifado probatório, pelo que o magistrado tem o livre convencimento motivado.

Antonio Magalhães Gomes Filho (2008, p. 283) destaca que o testemunho é a mais antiga – e continua sendo a mais importante – forma de se obterem elementos para o juízo sobre os fatos no processo penal. “Trata-se, antes de tudo, de fenômeno natural da vida em sociedade, pois se baseia na capacidade inata ao ser humano de ter percepções e poder comunicá-las, pela linguagem, aos seus semelhantes”. Precisamente por esse papel central de convicção judicial, é necessária cautela na produção e valoração desse meio de prova.

Segundo Lara Teles Fernandes (2020, p. 157), há uma questionável e automática presunção genérica de que a testemunha que presta compromisso ou em juízo – ou mesmo vítimas e declarantes – falam

a verdade. Ademais, há uma crença de que a prova oral corresponde precisamente ao evento fático narrado, a ponto de confirmar a hipótese acusatória e de atingir o padrão probatório que legitima uma condenação penal.

Tamanho é o prestígio que goza a prova oral que o ordenamento estipula formas para supostamente garantir a veracidade do depoimento. Assim, destaca Vitor de Paula Ramos (2021, p. 77-79) que a primeira delas é a realização de juramentos ou de compromissos de dizer a verdade, cuja inobservância configuraria crime de falso testemunho. Conta-se com um dever não só moral, mas também jurídico, no qual a pessoa empenha sua palavra, “jura” ou “promete” dizer a verdade. A segunda forma se configura com a presença solene do juiz, o que já importaria temor àquele predisposto a mentir, de maneira que o magistrado não só deve impedir que a testemunha minta, mas também formar uma impressão pessoal a respeito dos fatos, com sua experiência e sensibilidade, corrigindo vacilações e falhas dos depoimentos. A terceira forma para garantia da veracidade do testemunho é a acareação, confrontando testemunhas para sanar pontos contrastantes.

Delineada a importância da prova oral para o processo penal, esta primeira parte do artigo pretende trazer um breve esboço jurisprudencial acerca do atual entendimento do valor probatório de testemunhas e ofendidos em determinadas situações específicas, ponderando as críticas doutrinárias feitas a tal quadro, para, ao final, apurar se é possível afirmar haver uma posição epistêmica privilegiada para determinadas situações penais, sugerindo algumas metodologias de inquirição.

1. A casuística das posições privilegiadas

Via de regra, entende-se que o valor da prova testemunhal não é absoluto, devendo ser corroborado por outros elementos probatórios. Porém, há situações em que a jurisprudência brasileira confere especial valor à palavra da vítima. Nesse ponto, sabidamente suas declarações não têm o mesmo valor probatório de um depoimento testemunhal. É que, considerando seu interesse no resultado, não lhe é tomado o com-

promisso legal de dizer a verdade e, dessa forma, não comete crime de falso testemunho.

Mas há situações em que crimes são praticados às escondidas, na clandestinidade, sem testemunhas visuais, havendo nesses casos uma valoração decisiva à palavra da vítima, assumindo especial valor probatório a ponto de permitir uma condenação. Guilherme Madeira Dezem (2021, p. 734) expõe que, em tais conjunturas de ausência de testemunhas, a jurisprudência acabou por atenuar o rigor na análise das declarações do ofendido e permitir uma condenação com base em tais relatos.

É o que sucede, por exemplo, em casos de crimes contra a liberdade sexual tendo como vítima uma criança ou adolescente³. Percebe-se que a jurisprudência confere um especial valor à palavra da vítima⁴, ouvida na modalidade de prova antecipada de “depoimento sem dano” (ou depoimento especial), em casos de delitos geralmente cometidos às escondidas, sem a presença de outras testemunhas, desde que seu relato seja convincente e coerente, encontrando amparo, ainda, em outros elementos, tais como conclusões de psicólogas e assistentes sociais que avaliaram a vítima⁵, pois, caso contrário, todos os crimes praticados na clandestinidade (sem testemunhas presenciais) ficariam impunes⁶.

Na mesma linha, quando se tratar de crime contra a dignidade sexual envolvendo adultos, é firme a *jurisprudência no sentido de que em tais situações, geralmente ocorridos na clandestinidade, e, por vezes, sem deixar vestígios, a palavra da vítima, notadamente quando apoiada em demais elementos probatórios dos autos, é de extrema relevância, sobretudo quando evidencia, com riqueza de detalhes, “de forma coerente e em confronto com os demais elementos probatórios colhidos na instrução processual, as circunstâncias em que realizada a empreitada criminosas”*⁷.

Em crimes praticados no contexto de violência doméstica, tais como *lesão corporal e ameaça, muitas vezes também cometidos às ocultas, a palavra da vítima assume especial relevo para fundamentar a condenação. Nesse sentido: “[...] 3. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que, em se tratando de crimes praticados no âmbito doméstico, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado, desde que corroborada por outros elementos probatórios, tal como ocorrido na espécie”*⁸.

Na doutrina, todavia, há questionamentos sobre a sobrevalorização da palavra da vítima, não podendo ela, isoladamente, justificar uma sentença condenatória. A temática da valoração da palavra da vítima é espinhosa. Naturalmente, em crimes cometidos às ocultas a palavra da vítima ganha um pouco mais de importância, mas não tem caráter absoluto (LIMA, 2020, p. 763), sendo necessária sua corroboração por outros elementos de prova disponíveis.

Como afirma Aury Lopes Júnior (2020, p. 504): “Desenhar o papel da vítima no processo penal sempre foi uma tarefa das mais tormentosas. Se de um lado pode ela ser portadora de diferentes tipos de intenções negativas (vingança, interesses escusos etc.), que podem contaminar o processo, de outro não se pode deixá-la ao desabrigo e tampouco negar valor ao que sabe. Para esse autor, portanto, não se pode “endeusar” a palavra da vítima, mas também “seria um erro demonizá-la”. O que não se deve fazer, segundo o autor, é rebaixar o *standard* probatório conforme a natureza do crime, incidindo-se em grave erro que determinados crimes admitam menos prova para condenar que outros LOPES JR., 2020, p. 506).

Gustavo Henrique Badaró (2020, p. 566) alerta para o fato de que a criança, por sua natureza, é uma pessoa “imatura psicologicamente, dotada de forte poder de imaginação e grande sugestionabilidade”⁹. Além disso, o autor destaca o fato de que a criança, normalmente, não tem “maturidade moral suficiente para compreender a relevância ou a importância em dizer a verdade e o prejuízo que a mentira pode causar para a busca da verdade”. O autor orienta que o testemunho infantil deve ser visto com reserva, o que não significa que seja inadmissível, e ressalta que o art. 202 do Código de Processo Penal admite o testemunho do infante, sem qualquer restrição quanto ao seu cabimento, mas ao menor de 14 anos não se defere o compromisso de dizer a verdade (art. 208, CPP). Conclui que o testemunho infantil não é suficiente, por si só, para

Na doutrina,
todavia, há
questionamentos
sobre a
sobrevalorização da
palavra da vítima,
não podendo ela,
isoladamente,
justificar uma
sentença
condenatória

fundamentar a sentença, mas poderá ser levado em conta pelo magistrado para a formação do seu convencimento, desde que corroborado por outros meios de prova (BADARÓ, 2020, p. 566).

Prosseguindo na análise da jurisprudência, o quadro se repete em crimes patrimoniais, cometidos com violência ou grave ameaça, sendo igualmente firme a jurisprudência nacional de que a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, de forma coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado por outros elementos probatórios¹⁰.

Em reforço ao valor atribuído à palavra da vítima, agrega-se o argumento de que a vítima, não conhecendo o acusado anteriormente, não teria motivos para injustamente incriminá-lo ou deliberadamente prejudicá-lo¹¹.

Já no que concerne ao testemunho dos policiais, é assente o entendimento de que “são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito”¹². Além disso, destaca-se a ausência de “qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova”¹³. Sobreleva-se, ademais, que os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, “na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado”¹⁴.

Tal entendimento, todavia, também não é imune a críticas. Gustavo Henrique Badaró (2020, p. 566) assevera que, se por um lado os policiais não podem ser considerados suspeitos pelo simples fato de serem policiais, por outro lado é inegável o interesse na demonstração da legalidade de sua atuação nos atos investigatórios praticados. Dessa maneira, salienta o autor que seus depoimentos têm valor relativo, devendo ser cotejados com outros elementos probatórios apurados, sobretudo com o testemunho de pessoas estranhas aos quadros da polícia, não se prescrevendo uma condenação com base exclusivamente nos depoimentos policiais, ainda que harmônicos entre si.

Paula Thieme Kagueiama (2021, p. 261) agrega o fato de que, em algumas situações, os policiais não percebem diretamente o evento, sabendo do ocorrido após o fato (atuando como condutores no auto de prisão em flagrante). Nesses casos, não seriam propriamente testemunhas diretas, mas sim de “ouvir dizer”. Acrescente-se que, por atuarem em inúmeros casos extremamente semelhantes entre si (por exemplo, casos de tráfico de drogas), a memória dos policiais, quando em depoimento do evento-alvo, pode sofrer interferências entre os traços similares de eventos anteriores e posteriores, levando à formação de falsas memórias. Sem olvidar das pautas alargadas de audiências de instrução e julgamento, muitas vezes espaçadas por considerado tempo da data do fato, o que conduz à dificuldade de o policial recordar os fatos de um evento específico com exatidão e riqueza de detalhes

Marcelo Semer (2020, p. 193-198), em específico estudo sobre as sentenças envolvendo tráfico de drogas conclui que, majoritariamente, a fundamentação das condenações leva em consideração a especial credibilidade que tais depoimentos são merecedores, a fé pública dos quais os agentes públicos são dotados, o crédito que se dá a tais servidores públicos no cumprimento de suas atividades laborais combatendo a criminalidade. O autor critica o argumento muito invocado de presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública, matéria típica de Direito Administrativo, mas que não se comunica a um ato pessoalíssimo como é o de testemunhar. Além disso, criticando a credibilidade especial pelo poder que a testemunha policial está investida, pela simples qualificação de servidor estatal, adverte que compete ao juiz criminal, dentro da sua premissa de independência e em observância à presunção de inocência, duvidar das acusações até que sejam provadas.

O autor, assim, afirma que existe “uma absoluta incapacidade de admitir qualquer irregularidade praticada pelos policiais” e chega-se a uma encruzilhada, porque “sem os testemunhos dos policiais, a prova se esvai completamente; mas enquanto eles são supervalorizados, a polícia não se mobiliza em busca de outros elementos” (SEMER, 2020, p. 199-200).

Por outro lado, Gustavo Henrique Badaró (2020, p. 566) adverte, ainda, que “no sistema do livre convencimento não mais vigora o bro-

cardo *testis uno, testis nullo*, típico do sistema da prova tarifada”. Assim, ainda que haja uma única testemunha, desde que seu depoimento tenha aptidão para convencer o julgador, poderá ser suficiente para a formação do livre convencimento judicial.

2. Existiriam mesmo posições privilegiadas?

A mera escolha de posições privilegiadas para alguns *players* do sistema operativo judicial não se conforma à ideia de democracia, sendo também proscriita no âmbito da epistemologia, geral e jurídica. A democracia não corrobora a ideia de que algumas pessoas integrantes do mesmo meio social tenham, simplesmente pelo lugar que ocupam, mais valor do que outras; e, no campo da epistemologia, geral ou jurídica, pouco importa a figura em si, mas sim o conteúdo do que apresentam e se eventualmente ostentam inferências sindicáveis válidas em suas falas, perscrutáveis por alguma metodologia previamente definida (HAACK, 2002, p. 127-133).

Com base nessa premissa não há como aceitar, sem qualquer consideração crítica, a jurisprudência dominante mencionada na primeira parte deste texto. Em que pese ser bem confortável ao tomador de decisões inserir a vítima, policiais ou outros atores em atuação no âmbito do processo judicial, cível ou criminal, em posição epistemicamente privilegiada, capazes, só por si, de sustentar uma decisão judicial condenatória, não se revela o caminho mais adequado se efetivamente o decisor estiver preocupado com a busca da reconstrução dos meandros fáticos que ensejará a acertamento do sistema jurídico e, na ponta da linha, a correta adjudicação de direitos.

Em função dessa premissa, algumas soluções metodológicas devem ser buscadas, a fim de fixar um norte ao decisor por oportunidade da valoração das provas, em especial a oral.

Há, em síntese, dois grandes grupos metodológicos para valoração das falas perpetradas em Juízo, sendo certo que a escolha das abordagens teóricas que sobrevirão estará, claro, intimamente relacionada à escolha primária. Obviamente, contudo, as abordagens do tema variam

conforme a visão que se resolva adotar. É, pois, possível examinar a veracidade dos depoimentos/declarações baseadas em: critérios inerentes à pessoa; critérios inerentes ao conteúdo da fala.

No primeiro caso, ou seja, a valoração da fala da pessoa, o que se buscará será aferir a fiabilidade pessoal de quem depõe, presta declarações ou é interrogado. Esse critério é por demais aberto e vincula a pessoa ao conteúdo, dando margens a diversos erros lógico/teóricos, por exemplo, o argumento de autoridade, a generalização apressada, a falácia da falsa causa, *ad hominem*, do homem de palha, entre outras (REÑÓN, 2013). Além disso, heurísticas e vieses podem se revelar patentes nessa dinâmica, perturbando a compreensão dos conteúdos e confundindo o ator que depõe/presta declarações, que incorrerá em saltos causais, falsas memórias, inserção de memórias emocionais em empreendimentos autobiográficos ou eventuais, entre outros perigosos campos de compreensão equivocada da realidade.

Ao final, no entanto, a despeito das inúmeras formas de erronias possíveis, esse critério centralizará no autor da fala a fiabilidade do conteúdo, em que pese a testemunha, vítima, ou acusado, possam estar tão ou mais confusos do que o próprio tomador de decisões e, a exemplo dele, tampouco saibam disso em um nível consciente mais acessível¹⁵.

Talvez o critério mais acertado, ou, ao menos, capaz de diminuir a probabilidade de equívocos na reconstrução dos fatos seja a aferição pelo *conteúdo da fala*. Entretanto, nesse ponto são inúmeras as postulações teóricas que buscam espaço, cada qual com a correspondente sustentação de acerto quando à abordagem da temática.

Apenas a título exemplificativo – repisamos: sem compromisso de esgotamento –, podem ser lembradas as metodologias relacionadas a seguir.

A mera escolha de posições privilegiadas para alguns players do sistema operativo judicial não se conforma à ideia de democracia, sendo também proscriita no âmbito da epistemologia, geral e jurídica

1. Acaso invocada a teoria da argumentação jurídica, em conexão com aportes da lógica, as seguintes variações serão possíveis:

- depoimentos/declarações podem ser examinados sob ponto de vista abduativo, em ordem a verificar se uma versão completa da reconstrução fática vence, em termos de carga argumentativa, de outra versão de igual natureza e também completa da descrição dos fatos;
- depoimentos/declarações podem ser examinados sob o ponto de vista indutivo, em ordem a verificar se uma parte da realidade descrita se conforma ou não a outras partes da realidade, de sorte a que, em conjunto avaliadas, possam denotar uma reconstrução dos meandros fáticos razoável e coerente a partir da carga argumentativa de quem expõe as versões (ATIENZA, 2016, p. 177-179).

2. Acaso chamada a atuar a epistemologia, deverá ser avaliado, citando apenas duas das inúmeras correntes mais conhecidas:

- se os depoimentos/declarações formam conjunto coerente de elementos probatórios que, associados entre si, permitem ao julgador, com base em raciocínio epistêmico abduativo, aferir a consistência da cadeia inferencial dos eventos narrados na inicial.¹⁶
- se os depoimentos/declarações formam conjunto coerente de elementos probatórios que, associados entre si, permitem ao julgador, com base em raciocínio epistêmico indutivo, aferir a consistência da cadeia inferencial dos eventos narrados na inicial (DINIZ; CARDOSO, 2018, p. 946-960).
- se os depoimentos/declarações ostentam justificação epistêmica com base em crenças básicas, em oposição às não básicas, que confirmam caráter de infalibilidade, certeza, evidência, irrevogabilidade e, ainda, a característica de ser indubitável ao conteúdo das falas (GARCÍA; ERAÑA; DÁVALOS, 2013).

O que facilmente se percebe é haver inúmeras abordagens possíveis, tendo sido lembradas apenas três, a saber: 1. a lógica clássica; 2. a teoria

da argumentação jurídica; e 3. a epistemologia. Há, como se poderia esperar, variações e aprofundamentos nas próprias metodologias citadas, o que nos leva ao principal problema da valoração pelo conteúdo das falas: a existência de muitos pontos de vista teóricos diversos acerca da mesma questão.

A solução, pensamos, será adotar alguma metodologia e seguir com base no caminho sugerido. Ressaltamos, entretanto, que todos os caminhos ostentam seu valor teórico, com indelével conexão prática, pragmática e benéficas trilhas para racionalização da compreensão das falas. O importante é optar por uma e não enveredar pelo caminho mais fácil, ou seja, simplesmente reconhecer uma posição heurística (um atalho cognitivo) que parte da premissa da existência de posições jurídicas privilegiadas.

Nessa perspectiva, abordaremos duas linhas de raciocínio oriundas da psicologia do testemunho, que podem resultar profícuas na valoração do que exteriorizam as testemunhas/vítimas ou acusados. Lembrando que as teorias em seguir citadas costumam ser associadas a outra: o construtivismo. Entretanto, optamos por não o mencionar, uma vez que acreditamos dificultoso correlacioná-lo ao objetivo traçado neste trabalho.

3. Algumas sugestões da psicologia do testemunho

As teorias ora examinadas se situam no quadrante da aferição das falsas memórias no âmbito da psicologia do testemunho.¹⁷ Ou seja, são em geral lembradas a fim de perscrutar se quem depõe/presta declarações padece, em suas recordações, de algum vício em geral relacionado ao registro, armazenamento e recordação da memória em relação aos eventos narrados.

Sem prejuízo disso, contudo, as teorias em seguida expostas parecem ser dotadas de apresentação mais ampla, podendo ser direcionadas também à valoração em geral do conteúdo e não apenas ao fim de identificar falsas memórias. Advertimos ao leitor que esse é um posicionamento pessoal dos autores deste trabalho, e não uma afirmação da

psicologia do testemunho, que situa as vertentes teóricas abaixo escandidas em quadrante específico de atuação, as falsas memórias.

Observamos, ainda, que a utilização das teorias adiante expostas não se confunde com diversas metodologias para valoração da credibilidade do testemunho adotadas no âmbito da psicologia do testemunho, como, em rol meramente exemplificativo, a técnica PEACE (Ray Bull)¹⁸, CBCA¹⁹, HELPT (Antonio Manzanero)²⁰, entre outras. Essas metodologias apresentam particularidades e devem ser analisadas em separado em outra oportunidade, refugindo ao escopo do presente artigo.

3.1 Algumas sugestões da psicologia do testemunho

3.1.1 Teoria do monitoramento da fonte

Na década de 1970, Marcia Johnson observou, baseada em pesquisas realizadas com colegas, alunos e colaboradores, que a memória será tão mais confiável quanto o grau de coincidência entre os estímulos sensoriais (visual, auditivo e gustativo, por exemplo) que serviriam de causa do evento e a recuperação dos meandros fáticos. Em síntese, a teoria verifica se existe confusão ou erro de julgamento entre atribuição da fonte e a origem da memória. “Segundo este modelo, as falsas memórias ocorrem pela dificuldade do indivíduo em diferenciar se a fonte de informação é advinda de dentro (experiências anteriores), ou de fora (evento vivenciado)” (STEIN; NEUFELD, 1989, p. 100-104).

Cabe uma observação preliminar importante. Ao mencionar monitoramento da fonte, a teoria em voga não desloca o foco de análise do conteúdo da fala à pessoa que a perpetrar. O nome pode sugerir interpretação equivocada, mas, em realidade, o monitoramento que se realiza é totalmente voltado ao conteúdo, a fim de verificar se e em qual medida a recuperação da memória corrobora o acontecimento primário, coincidindo em maior ou menor grau com as experiências anteriores do depoente/declarante e as experiências outrora vividas e que, em tese, nada ou pouco têm a ver com o evento.

Imagine a seguinte situação. José é assaltado por um meliante que o ameaça, sem, contudo, utilizar-se de arma de fogo, mas apenas dizen-

do que o agrediria caso não entregasse a carteira. Posteriormente, já na Delegacia de Polícia, José, indagado a respeito (e para fins da verificação da incidência do § 2º-A do artigo 157 do CP) da utilização de arma de fogo, está veementemente convicto que sim, teria sido exposta a arma de fogo. Ocorre que, em verdade, José inseriu a arma de fogo no evento não porque efetivamente ali estivesse, senão em razão de que sofrera, no passado, outro roubo, esse sim com emprego de arma de fogo, e o segundo evento o fez lembrar do primeiro, com todas as sensações daquele momento, confundindo-o na recuperação da memória. Note que José está certo do emprego de arma de fogo contra si, porque ele interiorizou os sentimentos oriundos do primeiro evento, que produziram efeitos na segunda realidade, conformando o aspecto exterior ao interior, de lembrança mais arraigada, densa e forte para José.

Nesse caso, tendo o tomador de decisão ciência do evento criminoso prévio ao qual infelizmente José foi exposto, deverá redobrar o cuidado para verificar o grau de coincidência entre o segundo evento sucedido (externo) e as características eventualmente atribuídas à realidade por José em função da sua experiência traumática prévia (interno). A coincidência, em maior ou menor grau, determinará, pondo atenção à fonte sensorial, por sua vez, o grau de corroboração da correspondência entre a realidade vivida e a sua reconstrução.

A teoria não apresenta uma fórmula mágica para delimitar (a) o grau de coincidência exterior-interior; (b) os questionamentos que deverão ser utilizados para alcançar o maior ou menor grau de corroboração entre a realidade e a reconstrução dela; ou (c) as opções de perguntas a serem realizadas com objetivo de delimitar e precisar as respostas.

Os estudos da psicologia do testemunho apontam a existência das seguintes três categorias de memórias categorizações e espécies de memórias, variando conforme o autor que as proponha: memória episódica; memória autobiográfica; memória semântica

Entretanto, o só fato de potencializar a atenção na fonte sensorial e reconhecer a possibilidade de mescla de realidades já ostenta a enorme vantagem de viabilizar uma reconstrução feita de maneira mais deontológica, crítica, e não baseada apenas na posição privilegiada da vítima. Na dúvida entre o emprego de arma de fogo, o tomador de decisão deverá compreender que não foi utilizada, já que a vítima poderá estar sendo enganada por si mesma ao inserir contextos de uma realidade primária em uma secundária.

3.1.2 Teoria do traço difuso

A teoria do traço difuso comporta diversas variantes, podendo, no entanto, ser encontrado um pilar central, adotado em todas: a ideia de que a memória é composta por dois sistemas distintos – a memória de essência e a literal. Segundo essa teoria:

As pessoas armazenam separadamente representações literais e de essência de uma mesma experiência [de modo que] as literais capturam os detalhes específicos e superficiais (p. ex.: bebeu um guaraná, comeu um hambúrguer com queijo), e as de essência registram a compreensão do significado da experiência [...] p.ex.: bebeu um refrigerante, comeu um sanduíche) (STEIN *et al.*, 2010, p. 33-34).

As memórias são paralelas (ou seja: processam-se de maneira independente; porém, ao mesmo tempo, podem ser recuperadas também de maneiras distintas e autônomas), diferem em durabilidade (sendo a literal mais efêmera do que a de essência, que é mais duradoura e robusta), quanto ao efeito de distratores (na literal, um distrator a prejudicará severamente; tente lembrar onde você deixou a chave do carro enquanto estava correndo para atender ao telefone); e se moldam, ou prejudicam, com o passar dos anos (crianças tendem a ter mais dificuldade com as memórias de essências; idosos, com as literais).

Se, por um lado, a teoria do traço difuso pode se revelar confusa para delineamento do que se compreende como memória literal e de essência, a divisão dessas duas categorias, se associadas com compreen-

são de algumas espécies de memórias, pode ultimar por incrementar ao grau de corroboração entre o que é dito, representado por quem disse, e o que constitui a reconstrução, mais ou menos fidedigna, do fato bruto.

Os estudos da psicologia do testemunho apontam a existência das seguintes três categorias de memórias, sem prejuízo de outras classificações, categorizações e espécies de memórias, variando conforme o autor que as proponha: memória episódica; memória autobiográfica; memória semântica.

A memória episódica é aquela geralmente citada quando se fala em memória, isto é, a que está diretamente correlacionada com a lembrança de eventos, sua posição no espaço e tempo. Esse tipo de memória responde a perguntas como: quando alguém estava em determinado lugar, com quem, com que roupa, fazendo o que e o que estava acontecendo naquele momento. Em geral, funciona em primeira pessoa e ostenta algumas interessantes características, já confirmadas por estudos: i) apresenta melhor percentual de lembrança do início e final dos eventos, tornando o espaço entre estes mais obnubilado; ii) se encontra mais firmada quando o assunto recordado advém da posição de atuação e não da de mero espectador; iii) detalhes são tanto mais vívidos quando mais excêntricos ou marcantes; iv) os elementos centrais são mais claros do que os periféricos para fins de lembrança (MAZZONI, 2019, p. 67-68).

As memórias autobiográficas estão quase sempre relacionadas a fatos marcantes, que produzem sensações muitas vezes até biológicas; são fortemente vinculadas às memórias emocionais, intensas, vívidas e muitas vezes até mesmo dolorosas (TULVING, 1983).

A memória autobiográfica, como o próprio nome sugere, está correlacionada com uma cronologia pessoal, isto é, a recordação de eventos pessoais vividos no passado:

A recordação de eventos pessoais vividos no passado constitui a memória autobiográfica, a síntese e a referência de nossas histórias de vida. O ato de recordar envolve várias habilidades cognitivas, desde aquelas que permitem lembrar um fato pessoal, como o caminho de casa ao trabalho, até aquelas necessárias para escrever um livro contando a história de uma vida. Pesquisas em memória

autobiográfica têm se dedicado ao estudo da recordação de eventos pessoais específicos, marcantes, contextualizados no tempo e no espaço (GAUER; GOMES, 2008, p. 507-514).

A memória semântica, por outro lado, é aquela que lida com palavras, símbolos e significados. É, em geral, de longo prazo, absorve facilmente o conteúdo das ideias e conceitos, não operando de maneira cronológica (como a memória episódica). Quando alguém se lembra de uma palavra como “mesa”, imediatamente a memória semântica será chamada a agir, não apenas identificando a palavra e a correlacionando com o objeto, senão também abrindo um leque de funções possíveis para o vocábulo invocado (PUEBLA, 2008, p. 38).

Se você sabe qual a capital do Brasil, onde fica a Torre Eiffel ou o Louvre, qual a diferença entre um celular e um telefone convencional, ou porque não se deve atirar um leão, saiba que isso ocorre graças à memória ora estudada, que identificou todos os objetos e os correlacionou com o conteúdo semântico, gerando, ao final, possíveis efeitos de interações²¹.

Tendo conhecimento dessas espécies de memórias, será possível verificar o grau de desacerto entre o que é dito e o recuperado. Observe os exemplos.

a. A vítima de um roubo se recorda mais facilmente da etnia do criminoso do que das correspondentes características pessoais.

b. O juiz que colhe a prova oral se recorda mais facilmente do sotaque da testemunha, associando-o a uma nacionalidade específica, do que do conteúdo do depoimento.

Correlacionando a teoria do traço difuso e suas concepções de memórias de essência e literais com as espécies de memórias mencionadas podemos encontrar resultados interessantes no que tange à inquirição e a correspondente valoração.

Considere que o sujeito A, inquirido a respeito de um roubo em que foi vítima, recordou-se apenas de características étnicas do roubador, não conseguindo delinear especificidades do seu rosto. O juiz identifica que a recordação se dá com base na memória de essência, com perdas importantes na memória literal, que efetivamente poderiam auxiliar

na tomada de decisão final. Conhecendo o funcionamento das três espécies de memórias (autobiográfica, episódica e semântica), poderá o juiz realizar questionamentos específicos a partir do funcionamento de cada qual, potencializando o processo de recordação.

Assim, ao invés de se dar por satisfeito com a ausência de lembrança do rosto do rougador e resolver a questão sob o ponto de vista da existência de uma versão prevalecente, poderá tentar aprofundar a inquirição e valorá-la trabalhando especificamente elementos de tempo e espaço (memória episódica), questionando sobre a cronologia do evento, com alterações na ordem sucessiva dos acontecimentos (pedindo que a vítima recorde de trás para frente, ou parando em algum momento do tempo), ou estimulando a correlação entre marcadores semânticos (símbolo, palavras e significados).

Por outro lado, o juiz do segundo exemplo, que foca a atenção no sotaque da testemunha e a associa com uma nacionalidade específica sem prestar atenção ao conteúdo, poderá, uma vez que conheça a correlação entre as espécies de memória e a distinção entre a essência e a literalidade do que é dito, direcionar de maneira mais adequada a sua inquirição e consequente valoração, blindando-se contra distratores externos.

Essa metodologia poderá auxiliar decisivamente na elevação do grau de corroboração haurido do contraste das versões apresentadas pelos atores no processo, ou, ainda, na definição da metodologia de inquirição e valoração do conteúdo da fala, ensejando, em último grau, que o convencimento se torne racionalmente motivado e não apenas embasado em escolha prévia jurisprudencial acerca de quem tem a prevalência da verdade.

Conclusões

Neste artigo os autores procuraram descrever e questionar a existência de posições processuais privilegiadas no âmbito do processo judicial. A jurisprudência pátria atrela a pessoa do declarante/depoente ao conteúdo das declarações/depoimentos, o que se revela indevido, de acordo com os autores.

Ao revés de controlar o conteúdo pela forma, o que se deve fazer, para fins de obtenção de decisões racionalmente motivadas, é investigar os parâmetros técnico-científicos de avaliação do cerne das falas, contrastando-as com a reconstrução do fato narrado. Sob essa perspectiva, a psicologia do testemunho apresenta promissoras teorias.

O presente estudo pretendeu correlacionar duas teorias utilizadas para fins de identificação e revelação de falsas memórias, a saber: as teorias i) do monitoramento da fonte; e ii) do traço difuso, com o incremento do grau de corroboração entre o que é dito e como é valorado.

O assunto, obviamente, é aberto e objeto de inúmeras outras abordagens teóricas, de modo que a sugestão contida no presente trabalho não é exaustiva, tampouco se pretende definitiva. Entretanto, se, com a leitura, ao tomador de decisão pareceu algo equivocado e auspicioso crer em algum *player* do jogo processual apenas pela sua posição jurídica, este artigo já terá cobrado sentido e atingido seu objetivo final.

Notas

1. Danielle Nogueira Mota Comar. Professora. Mestranda em Processo Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juíza de Direito da 9ª Vara Criminal do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. E-mail: dnoqueiramota@yahoo.com.br.
2. Tiago Gagliano Pinto Alberto. Professor. Pós-Doutor em Direito pelas Universidade de León/ES e PUCPR. Pós-Doutor em Psicologia Cognitiva na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Doutor pela UFPR e Mestre em Direito pela PUCPR. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: tiagogagliano@hotmail.com.
3. Sobre o depoimento infantil em delitos de natureza sexual, sugere-se o filme sueco-dinamarquês (2012), do gênero drama, dirigido por Thomas Vinterberg e estrelado pelo ator Mads Mikkelsen. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Ca%C3%A7a. Acesso em: 05 mar. 2022.
4. STJ, AgRg no AREsp 608.342/PI, Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP), 5ª Turma, julgado em 03.02.2015, DJe 09.02.2015.
5. TJRS, Apelação Crime 70075706713, 8ª Câmara Criminal, Rel: Des. Joni Victoria Simões, j. em 27.02.2019.
6. STJ, AgRg no AREsp 1.594.445 – SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 06.02.2020.

7. STJ, AgRg no AREsp 1.275.084/TO, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª Turma, j. em: 28.05.2019, DJe 05.06.2019.
8. STJ, AgRg no AREsp 1.495.616/AM, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. em: 20.08.2019.
9. Sobre sugestionabilidade, ver: WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. *In: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.* Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 157-185.
10. TJPR, 4ª Câmara Criminal, Autos 003513-63.2009.8.16.0058 – Campo Mourão – Rel.: Des. Celso Jair Mainardi, j. em 14.02.2019; STJ, AgRg no AREsp nº 1.250.627 – SC, Relator Ministro Jorge Mussi, j. em 03.05.2018.
11. TJPR, 4ª Câmara Criminal, Autos 0002477-36.2015.8.16.0038 – Fazenda Rio Grande – Rel.: Des. Domingos Thadeu Ribeiro Da Fonseca – j. em 29.11.2021.
12. TJPR, 4ª Câmara Criminal, Autos 003513-63.2009.8.16.0058 – Campo Mourão – Rel.: Des. Celso Jair Mainardi, j. em 14.02.2019
13. STJ, AgRg no HC 695.249/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em: 26.10.2021 DJe 03.11.2021.
14. STJ, AgRg no AREsp 1997048/ES, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em: 15.02.2022, DJe 21.02.2022.
15. Para análise do tema no âmbito da psicologia cognitiva, entre outros: KAHNEMAN, Daniel. *Pensar rápido, pensar despacio.* Traducción de Joaquín Chamorro Mielke. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Debate, 2016; KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUSTEIN, Cass. R. *Ruído. Uma falha no julgamento humano.* Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. Para exame da temática pela lente da Economia Comportamental: THALER, Richard. H. *Misbehaving. A construção da economia comportamental.* Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019. E, finalmente, para análise baseada nas neurociências: NOJIRI, Sérgio. *O Direito e as suas interfaces com a Psicologia e a neurociência.* Curitiba: Appris, 2019.
16. Acerca do coerentismo, corrente epistêmica utilizada para valoração probatória neste feito: BONJOUR, Laurence. *The Structure of Empirical Knowledge.* Harvard University Press, Cambridge, 1985. Davidson, Donald. A Coherence Theory of Truth and Knowledge. *In: LEPORE, Ernest. Truth ad Interpretation: perspectives on the Philosophy of Donald Davidson.* Blakwell, Oxford: Nueva Yourk, 1986, p. 307-319. BONJOUR, Laurence. La Teoría Coherentista del Conocimiento Empírico. *In: GARCÍA, Cláudia Lorena; ERAÑA, Ángeles; DÁVALOS, Patricia King. Teorías Contemporáneas de la justificación epistémica.* Volumen I. Teorías de la justificación en la epistemología analítica. México: Universidad Autónoma de México, 2013, p. 125-166. ZALABARDO, José. *Conocimiento y escepticismo. Ensayos de epistemología.* México: Universidad Autónoma de México, 2014. E, por fim: POPPER, Karl. R. *Los dos problemas fundamentales de la Epistemología.* Traducción de Maria Asunción Albisu Aparicio. Madrid: Editorial Tecnos, 2012.

17. Acerca das falsas memórias, entre muitos e vastos trabalhos científicos: LOFTUS, Elizabeth F. *Eyewitness Testimony*. London: Harvard University Press, 1996. STEIN, Lilian Milnitsky et al. *Falsas memórias*. Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. São Paulo: Artmed Editora S.A., 2010.
18. BULL, Ray. *Investigative Interviewing*. London: Springer Science, 2014.
19. KÖHNKEN, Günter; MANZANERO, Antonio L.; SCOTT, M. Teresa. Análisis de la validez de las declaraciones. In: *Anuario de Psicología Jurídica*. v. 25, Issue 1, January 2015, p. 13-19.
20. SCOTT, M. Teresa; MANZANERO, Antonio L. Análisis del expediente judicial. Evaluación de la validez testifical. *Papeles del Psicólogo*, v. 36, n. 2, p. 139-144, 2015.
21. MORA, Paul Carrillo. Sistemas de memoria. Reseña histórica, clasificación y conceptos actuales. Primera parte: Historia, taxionomía de la memoria, sistemas de memoria de largo plazo: la memoria semántica. *Salud Mental*, v. 33, n. 01, p. 83-92, 2010. SMITH, E.E.; SHOBEN, E.J.; RIPS, L. J. Structures and processes in semantic memory. A featural model for semantic decisions. *Psychological Review*, v. 81, n. 3, p. 214-241, 1974.

Referências

- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editoria Trotta, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- BONJOUR, Laurence. *The Structure of Empirical Knowledge*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- _____. La Teoría Coherentista del Conocimiento Empírico. In: GARCÍA, Cláudia Lorena; ERAÑA, Ángeles; DÁVALOS, Patricia King. *Teorías Contemporáneas de la justificación epistémica*. Volumen I. Teorías de la justificación en la epistemología analítica. México: Universidad Autónoma de México, 2013.
- BULL, Ray. *Investigative Interviewing*. London: Springer Science, 2014.
- DAVIDSON, Donald. A Coherence Theory of Truth and Knowledge. In: LEPORE, Ernest. *Truth ad Interpretation: perspectives on the Philosophy od Donald Davidson*. Blakwell, Oxford: New York, 1986.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- DINIZ, Thiago Dias de Matos; CARDOSO, Renato César. A intuição do dolo em direito penal: correlatos neurais da teoria da mente, raciocínio indutivo e a garantia da convicção justificada. *Revista Brasileira de Políticas Públicas UNICEUB*, v. 8, n. 02, ago., 2018.
- FERNANDES, Lara Teles. *Prova testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração*. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

- GARCÍA, Claudia; ERAÑA, Ángeles; DÁVALOS, Patricia King. *Teorías Contemporáneas de la justificación epistémica*. Volumen I. Teorías de la justificación en la epistemología analítica. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2013.
- GAUER, Gustavo; GOMES, William Barbosa. Recordação de eventos pessoais: Memória Autobiográfica, consciência e julgamento. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 4, n. 4, out./dez. 2008.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora UNESP, 2002.
- KAGUEIAMA, Paula Thieme. *Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras*. São Paulo: Almedina, 2021.
- KAHNEMAN, Daniel. *Pensar rápido, pensar despacio*. Traducción de Joaquín Chamorro Mielke. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Debate, 2016.
- _____; SIBONY, Olivier; SUSTEIN, Cass. R. *Ruído*. Uma falha no julgamento humano. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.
- KÖHNKEN, Günter; MANZANERO, Antonio L.; SCOTT, M. Teresa. Análisis de la validez de las declaraciones. *Anuario de Psicología Jurídica*. v. 25, Issue 1, Jan., 2015.
- LOFTUS, Elizabeth F.; HOFFMAN, H.G. Missinformation and Memory. The Creations of New Memories. *Journal of Experimental Psychology: General*, v. 118, n. 1, p. 100-104, 1989.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MAZZONI, Giuliana. *Psicología del Testimonio*. Madrid: Editorial Trotta, 2019.
- NOJIRI, Sérgio. *O Direito e as suas interfaces com a Psicologia e a neurociência*. Curitiba: Appris, 2019.
- POPPER, Karl. R. *Los dos problemas fundamentales de la Epistemología*. Traducción de Maria Asunción Albisu Aparicio. Madrid: editorial Tecnos, 2012.
- PUEBLA, Antonio Manzanero. *Psicología del Testimonio*. Una Aplicación de los Estudios sobre la memoria. Madrid: Ediciones Pirámide, 2008.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do Subjetivismo ao Objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- REÑÓN, Luis Veja. *La fauna de las falacias*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.
- SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. 2. ed., São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.
- SCOTT, M. Teresa; MANZANERO, Antonio L. Análisis del expediente judicial. Evaluación de la validez testifical. *Papeles del Psicólogo*, 2015.

STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmen Beatriz. Falsas Memórias: False Memories: Why do we remember Things that did not Happen? *Arq. Ciênc. Saúde UNIPAR*, v. 5, n. 2, p. 1779-186, 2001.

_____; *et al.* *Falsas Memórias*. Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

THALER, Richard. H. *Misbehaving*. A construção da economia comportamental. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

ZALABARDO, José. *Conocimiento y escepticismo. Ensayos de epistemología*. México: Universidad Autónoma de México, 2014.

Diálogo entre gênero e cárcere – o acolhimento de mulheres trans e de travestis no sistema prisional com base nas resoluções 348 e 366 do CNJ

Diego Paolo Barausse¹

Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná

Introdução

O PRESENTE ARTIGO tem como finalidade analisar a relação entre o direito e as questões de gênero, ou seja, como o sistema de justiça criminal se relaciona com as pessoas que desafiam a noção binária de gênero (a transgeneridade), sobretudo a tensão entre as mulheres trans e as travestis e o sistema prisional².

A história é farta em apontar os interesses da sociedade capitalista como edificadores da tese da heterossexualidade natural ao definir quem integraria a categoria de homens e de mulheres no processo civilizatório. Ocorre que essa mesma sociedade sempre conviveu com pessoas que desenvolvem expressões de gênero dissidentes. Existe, portanto, uma pluralidade de interpretações e construções subjetivas, dando sentido ao corpo que não necessariamente atende a expectativa do “ser esperado”³.

A partir do momento em que o ideal binário de gênero estabelecido por uma visão profundamente androcêntrica e patriarcal começa a sofrer fissuras, as questões referentes ao sexo, ao gênero e ao desejo exigem constantes reflexões nos campos da medicina, das ciências sociais, da psicologia, da psicanálise e não podem mais escapar da lente dos operadores do direito.

O Brasil é marcado por inúmeras violências praticadas em face de grupos minoritários, incluindo as pessoas que resolvem manifestar gênero para além do determinismo biológico, na medida em que, desde o ano de 2008, é o país que mais mata as mulheres trans e as travestis em todo o mundo, segundo informações do *Dossiê – Assassinatos e violências contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2021*, elaborado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais.

Na condição de sujeitas criminalizadas, as identidades plurais também sofrem inúmeros atos atentatórios à privacidade, à personalidade e ao direito de existirem. Torna-se fundamental, então, investigar como as agências de controle social, inclusive o sistema prisional, têm tratado a conhecida população LGBTQIA+, com atenção especial às mulheres trans e às travestis⁴.

Com base no entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 527, e nas Resoluções 348/2020 e 366/2021, do Conselho Nacional de Justiça, pretende-se demonstrar quais os parâmetros recomendados para o acolhimento das mulheres trans e das travestis no sistema de justiça criminal quando custodiadas, acusadas, réis, condenadas, privadas de liberdade ou em cumprimento de alternativas penais ou monitoradas eletronicamente.

1. Pluralidade de gênero, violência e sistema penal

O sistema penal guarda perfeita sintonia com as questões de gênero ao controlar corpos e pessoas que são estruturantes para a manutenção da sociedade e tem como ideologia a manutenção dos meios de produção estruturados com base no patriarcado. Em seu interior, destarte, é produzido, reproduzido e legitimado, dia após dia, um poder de ordem classista, racista e sexista (ANDRADE, 2012, p. 140).

Assim, em um plano profundamente ideal e discursivo, o sistema de justiça criminal, através de instituições formais (lei, polícia, Ministério Público, juízes) e informais (família, costumes, religião, mídia, medicina e o mercado de trabalho) foi edificado para ratificar o controle social (binário), combater a criminalidade, proteger bens jurídicos e garantir a segurança pública (SANTOS, 2018, p. 3-20).

No mundo dos fatos, porém, o direito penal funciona como mecanismo de seleção de pessoas indesejáveis aos olhos do mercado competitivo e dos meios de produção hoje pautados pela globalização (SANTOS, 2018).

As pessoas, portanto, são selecionadas pelo sistema penal tendo como parâmetro as instituições que integram o controle social, reprodutoras de desigualdades que se retroalimentam por meio de seus preconceitos, discriminações e ideias preconcebidas (BATISTA, 2011).

É certo que o sistema penal incide de maneira intensa em face da pobreza, dos excluídos socialmente dos meios de produção, homens prioritariamente de cor não branca e demais pessoas fora dos padrões ideais da regra que alimenta a sociedade machista e binária⁵.

Quando as normas jurídicas, inclusive as criminais, são implementadas seguindo a cartilha de gênero fundada sob o império da heterossexualidade, o diferente é alvo fácil do controle seja pelos processos de criminalização (direito penal), seja pela patologização (psiquiatria) (CARVALHO, 2017, p. 204-205).

Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 143-144), exemplificando a cultura de domínio do macho, faz interessante análise do papel do homem e da mulher no sistema penal com o trocadilho “o cara e a coisa”. O cara, na condição de sujeito onipresente, indispensável, o dominador, o produtivo e o guerreiro. A mulher, a coisa, aquilo que não é lembrado, escondida no ambiente particular, aprisionada em sua sexualidade, no papel reprodutor, limitada a cuidar do lar e dos filhos.

O sistema reproduz a ideologia social de gênero relacionada ao determinismo biológico e é também marcado por extremos opostos. Homens são prioritariamente poderosos, mas quando improdutivos aos olhos do mercado competitivo passam a ser taxados de transgres-

As agências de controle formal estão alinhadas à lógica binária dos gêneros imposta socialmente, enraizando uma cultura heteronormativa que potencializa incontáveis formas de violência em detrimento da população LGBTQIA+

sores, perigosos e criminosos. Mulheres são fragilizadas, submissas e vítimas do sistema (privado) (CARVALHO, 2017, p. 207).

A compreensão da norma com cunho heterossexual como domínio das ciências jurídicas, aí incluindo o direito penal, já parte da fixação de subjetividades binárias (CARVALHO; WEIGERT; BARBOSA; SOARES, 2019). A diversidade que reivindica vivência fora da norma de privilégio, com base na variedade de *performances* de gênero, é subalternizada, quase sempre apagada e quando ganha destaque surge como desviante (BUTLER, 2019, p. 44-59).

Identidades dissonantes afrontam o projeto civilizatório, uma vez que negam o lugar público que originariamente deveriam ocupar, mas também não servem para estar no espaço privado em razão de serem incapazes de assegurar a unidade familiar, tampouco as estruturas mantenedoras da sociedade machista e competitiva.

Nessa perspectiva, as mulheres trans e as travestis, quando manifestam gênero fora do definido socialmente como adequado, passam a ser o foco da repressão, tanto pela incidência do controle informal quanto do sistema penal, sobretudo a polícia e o cárcere (VIDAL, 2019, p. 37-42).

As agências de controle formal estão alinhadas à lógica binária dos gêneros imposta socialmente, enraizando uma cultura heteronormativa que potencializa incontáveis formas de violência em detrimento da população LGBTQIA+, em especial as mulheres trans e as travestis.

O complexo processo de legitimação da violência heterossexista está impregnado em toda a tessitura social, definida pelas violências, simbólica e institucional (CARVALHO, 2017, p. 206).

A violência ou transfobia individual é observada diariamente no comportamento violento em detrimento de corpos plurais⁶. As mulheres trans e as travestis brasileiras têm baixíssima expectativa de vida, ou seja, o Brasil é o país que mais mata identidades dissidentes em todo o planeta pelo fato de uma parte da população desejar ter vivências fora do esperado pela ordem de gênero⁷.

Está instalada, assim, uma política de extermínio das mulheres trans e das travestis marcadas pelo nojo e pela crueldade (BARNART; MENEGHEL, 2017, p. 229-243). As vidas transexuais e travestis são

vitimadas pela violência social e não são reconhecidas como femininas pelo sistema penal, mas ao mesmo tempo não se encaixam em corpos masculinos.

No plano teórico, a transfobia simbólica é marcada pelo esvaziamento de identidades de gênero dissidentes e pela desconsideração de orientações sexuais diversas, pulverizando um discurso de exclusão e sufocamento da comunidade trans e travesti.

O Estado, igualmente, tem um papel decisivo na perpetuação da política de ódio às pessoas transexuais e às travestis, por meio da transfobia institucional.

No âmbito do Poder Legislativo inexistem projetos de lei que discutam os cuidados com a vida, a educação, a saúde de mulheres trans e de travestis no Brasil. O Congresso Nacional é marcado pela característica do conservadorismo religioso, dificultando o desenvolvimento de pautas em benefício das mulheres cisgêneras, como discussões relativas ao aborto, e torna ainda mais espinhosa a política legislativa para mulheres trans e travestis.

O Poder Executivo, no mesmo sentido, é ineficiente na implementação de políticas públicas para beneficiar mulheres trans e travestis, sequer existem dados estatísticos institucionais desse grupo minoritário nos quadros oficiais do país⁸.

Quando autoras de crimes, as mulheres trans e as travestis não passam despercebidas pelo sistema de justiça criminal e sofrem profundo processo de aniquilamento de suas identidades, especialmente no interior das prisões (FERREIRA, 2015, p. 121-137).

Nesse contexto, as pessoas que integram a sigla T são obrigadas a retornar ao casulo e reviver a imagem masculina que sempre foi motivo de sofrimento e desconformidade das suas subjetividades com as respectivas experiências sociais.

Algumas têm seus traços femininos arrancados assim que colocam os pés no cárcere. Cabelos são raspados, sobrancelhas perdem o seu delineamento, roupas femininas deixadas do lado de fora das prisões. Tratamento hormonal para manter a conformidade entre o corpo de pessoas trans e travestis e os seus espelhos são descartados no interior das penitenciárias. Não há medicamento sequer para tratar de enfermidades

básicas que acometem os demais detentos. Acesso aos serviços básicos de saúde ginecológica, urológica, mental e psicológica passa longe de pessoas que transgridem as normas de gênero. Os vínculos familiares extramuros estão rompidos por falta de aceitação e, quando encarceradas, raramente recebem visitas de pais, mães, irmãos e excepcionalmente de companheiros, namorados e maridos (NOVAIS; FERREIRA, 2019).

Na prisão, ao manifestar gênero com pluralidade, as identidades divergentes são obrigadas a conviver com outras formas de exploração. São as primeiras que acordam, isso quando dormem, as últimas a se alimentar e estão acostumadas a sofrer constantes violências emocionais, físicas e sexuais, assim como práticas de tortura específicas da sua condição de gênero.

Além de todas as violações experimentadas com a segregação, os profissionais dos estabelecimentos penitenciários ou os companheiros de cela raramente as chamam pelos seus nomes sociais ou dão tratamento humano e digno que deve ser dispensado a qualquer detento.

Denota-se, portanto, que a contenção operada pelo sistema prisional brasileiro anda de mãos dadas com as demais formas de controles formal e informal e segue desconsiderando, ainda que de forma recalçada, as identidades que manifestam gênero fora do imposto socialmente.

Seja quando (não) investiga a violência praticada em face da população LGBTQIA+, seja quando (não) garante direitos básicos das mulheres trans e das travestis (vida, dignidade humana, direito ao nome social, respeito às integridades física, psicológica e sexual), seja quando (não) permite a manifestação de gênero no cárcere, vedando que as mulheres trans e as travestis cumpram pena ou prisões processuais em estabelecimentos penitenciários femininos ou em estabelecimentos penitenciários compatíveis com o gênero manifestado, o Estado reflete a lógica de invisibilização das identidades dissonantes que vige na sociedade e é potencializada no sistema de justiça criminal.

Ainda que o Estado siga negando direitos básicos às mulheres trans e às travestis, inclusive consentindo com o extermínio generalizado de identidades plurais, as pessoas que manifestam gênero fora do binarismo reexistem e resistem à dinâmica controladora e sufocante de corpos machos e de corpos fêmeas dentro e fora do cárcere.

2. O acolhimento de mulheres trans e de travestis no sistema prisional brasileiro e as resoluções CNJ 348 e 366

Diante de um cenário de profunda violência em que a diversidade está exposta, organismos internacionais e órgãos internos passaram a ser compelidos a disciplinar os direitos fundamentais da população LGBTQIA+, com atenção especial ao cárcere.

A Constituição Federal de 1988, de maneira inclusiva, trouxe como objetivos fundamentais do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visando à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV).

No plano internacional, em 2006, um grupo de especialistas de todos os lugares do mundo desenvolveu um compilado de direitos humanos que buscou garantir proteção a minorias sexuais e a identidades diversas, os chamados princípios de Yogyakarta sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero⁹.

Reconheceu-se que o coletivo LGBTQIA+, quando privado de sua liberdade no interior do sistema prisional, estaria em situação de extrema vulnerabilidade, sofrendo incontáveis violações de direitos humanos, tanto pelos detentos quanto pelo próprio Estado que corriqueiramente denega direitos básicos a essa população tão marginalizada.

Em 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na Opinião Consultiva OC-24/7, de 24 de novembro de 2017, solicitada pela República de Costa Rica, consignou que a orientação sexual e identidade de gênero, bem como a expressão de gênero são categorias protegidas pela Convenção. Assim, restou proibida qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa (item 78).

Apesar de no âmbito interno inexistir legislação ordinária específica de proteção das identidades dissidentes quando levadas à experiência do cárcere, em 15 de abril de 2014, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) editaram a Resolução Conjunta 1, que

também definiu parâmetros de acolhimento de LGBT privados de liberdade, a fim de reduzir as inúmeras agressões que tal população é obrigada a suportar diariamente no interior das prisões brasileiras.

Em 2019 e em março de 2021, o Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 527/DF, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, reconheceu que a identidade de gênero deveria ser observada no momento da inserção das mulheres trans e das travestis no sistema prisional, podendo o cumprimento ser efetivado em estabelecimento prisional feminino ou em estabelecimento prisional masculino, em área previamente reservada, a fim de promover sua segurança.

Em setembro de 2021, o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 527/DF restou empatado em decorrência da aposentadoria do ministro Marco Aurélio. O relator da referida ação, ministro Luís Roberto Barroso, defendeu que as mulheres trans e as travestis teriam direito de escolher cumprir pena em estabelecimento prisional feminino ou masculino, desde que em área reservada, com garantia da segurança. O voto foi acompanhado pelos ministros Dias Toffoli, Edson Fachin, Rosa Weber e Cármen Lúcia. Em voto divergente, o ministro Ricardo Lewandowski sustentou que a ação não deveria ser conhecida, eis que a questão já foi devidamente regulamentada por meio de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça. O entendimento, por sua vez, foi seguido pelos ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e Gilmar Mendes.

O Conselho Nacional de Justiça, atento ao deliberado na ADPF 527/DF, em 2020 e em 2021, editou, respectivamente, as Resoluções 348 e 366, estabelecendo diretrizes e procedimentos ao Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

A Resolução CNJ 348/20 tem como objetivos garantir o direito à vida, à integridade física e mental da população LGBTI, assim como integridade sexual, segurança do corpo, liberdade de expressão da identidade de gênero e orientação sexual. Ademais, ficou assentado que a

população LGBTI tem direito à autodeterminação de gênero e sexual, nos termos do artigo 2º.

Observa-se que a resolução sob análise reconheceu a pluralidade de gêneros (transgêneros, mulheres trans, homens trans, pessoas não binárias e intersexo), bem como esclareceu a diferença entre gênero, orientação sexual (homens gays, mulheres lésbicas, pessoas heterossexuais e pessoas bissexuais) e identidade de gênero (artigo 3º).

Segundo Jacqueline Gomes de Jesus (2012, p. 8-12), sexo é definido pela biologia, com base em níveis hormonais, órgãos reprodutivos e aparelho genital. O gênero caracteriza-se como construção social, ou seja, não é o sexo adquirido no nascimento que é capaz de definir um homem ou uma mulher, mas sua própria percepção e forma de expressar suas experiências sociais adquiridas ao longo de sua vida. A orientação sexual se refere à atração afetivossexual por alguém de algum(ns) gênero(s).

Além disso, o reconhecimento da pessoa como parte da população LGBTQIA+ é feito exclusivamente por meio de autodeclaração, que deve ser colhida pelo magistrado em audiência, em qualquer fase do procedimento penal, inclusive em audiência de custódia até a extinção da punibilidade pelo cumprimento de pena. É dever do magistrado, logo que tiver conhecimento que a pessoa pertence à população LGBTQIA+, informá-la a respeito da possibilidade de autodeclaração, esclarecendo, de forma acessível, os direitos previstos na Resolução CNJ 348/20 (artigo 4º).

Caso a pessoa declare que faz parte da população LGBTQIA+ deverá o Poder Judiciário fazer constar a respectiva informação no sistema eletrônico, assegurando proteção aos seus dados pessoais e o pleno respeito aos seus direitos e garantias individuais. O magistrado, com a finalidade de preservar a intimidade, privacidade, honra e imagem, poderá, de ofício ou a requerimento da defesa ou da parte interessada, restringir as informações sobre a autodeclaração, conforme prevê o artigo 5º.

Igualmente, a pessoa que se autodeclarar LGBTQIA+ no decorrer da persecução penal tem direito de ser tratada pelo seu nome social, conforme sua identificação de gênero, ainda que não haja compatibili-

dade com o seu registro civil e deve o magistrado, se a parte interessada solicitar, diligenciar pela emissão de documentos, conforme o artigo 6º da Resolução CNJ 306/19 ou pela retificação da documentação civil da pessoa.

Denota-se, portanto, que o Conselho Nacional de Justiça faz um esforço para separar adequadamente os conceitos de sexo, gênero e identidade de gênero com a intenção de acolher as pessoas que manifestam gênero diferente do determinismo biológico.

O artigo 7º da Resolução CNJ 348/20, com alterações da Resolução 366/21, determina que o magistrado, no momento da definição do local de cumprimento da pena ou de prisão, consulte a pessoa integrante da população LGBTQIA+ acerca da sua escolha, devendo, em todo o caso, a decisão ser fundamentada.

No momento da definição do local de cumprimento da pena privativa de liberdade ou prisão processual o magistrado precisa conhecer a realidade dos estabelecimentos prisionais de sua comarca. É dever do juiz esclarecer à pessoa LGBTQIA+, mediante linguagem acessível, que sua liberdade poderá ser restringida mediante o encaminhamento em unidades masculinas, femininas, alas específicas e unidades de referência, como no caso do Estado do Paraná, bem como as consequências dessa escolha na convivência e no exercício dos direitos (artigo 8º, Resolução CNJ 348/20).

O estabelecimento prisional que acolher a pessoa LGBTQIA+ deverá manter todos os direitos relacionados à execução penal que são conferidos às demais pessoas custodiadas, notadamente o acesso ao trabalho, estudo, atenção à saúde, alimentação, assistência social, assistência religiosa, condições da cela, banho de sol, visitação e demais rotinas na unidade (artigo 7º, §3º, Resolução CNJ 348/20).

Em casos de violência ou grave ameaça em face da população LGBTQIA+ encarcerada é dever do magistrado dar prioridade à análise de pedidos de transferência para outro estabelecimento prisional, sempre mediante prévio requerimento da pessoa interessada (artigo 8º, Resolução CNJ 348/20).

O artigo 11 da Resolução CNJ 348/20 exige que o juiz da execução penal esteja atento à população LGBTQIA+ encarcerada, especialmen-

te com a finalidade de garantir assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, sem qualquer forma de discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os juízes, portanto, precisam garantir às mulheres trans e às travestis acesso aos parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de LGBT e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional, bem como acesso e manutenção de tratamento hormonal, garantir tratamento diante de doenças infectocontagiosas, incluindo HIV/TB, atendimentos psicológico e psiquiátrico e distribuição de preservativos.

Considerando que a manifestação de gênero é uma das dimensões da dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário deve assegurar que as pessoas transexuais e as travestis usem vestimentas de acordo com a identidade de gênero que desejam manifestar e que declararam expressamente no decorrer da persecução penal, bem como o direito à visita íntima.

As Centrais de Alternativas Penais e as Centrais de Monitoração Eletrônica têm a obrigação de zelar pelo cumprimento irrestrito da Resolução CNJ 348/20, permitindo que as pessoas autodeclaradas como integrantes da população LGBTQIA+ cumpram medidas alternativas à restrição da liberdade mediante manifestação livre de seu gênero (artigo 12).

O Conselho Nacional de Justiça também priorizou o engajamento dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Tribunais Regionais Federais na efetivação da referida resolução para que mantenham cadastro com informações referentes à existência de unidades, alas ou celas específicas para a população LGBTQIA+, de modo a instruir o trabalho dos juízes na inclusão da diversidade, na forma do artigo 13 da Resolução CNJ 348/20.

Essa resolução deixou consignado expressamente que as disposições ali constantes devem ser aplicadas levando-se em conta unica-

O estabelecimento prisional que acolher a pessoa LGBTQIA+ deverá manter todos os direitos relacionados à execução penal que são conferidos às demais pessoas custodiadas

mente a autodeclaração. Toda a população LGBTQIA+, desse modo, tem direito de aplicação das disposições constantes em tal resolução, destacando-se que a identificação pode ou não ser exclusiva, bem como se alterar no tempo, na forma do artigo 14. Reconheceu-se, ademais, que as garantias ali previstas devem ser aplicadas a outras formas de orientação sexual, identidade e expressões de gênero diversas da cisgeneridade e da heterossexualidade.

O artigo 15 reconhece que o Poder Judiciário está preocupado em garantir os direitos básicos das identidades plurais já na adolescência, destacando aos magistrados o dever de se atentar para jovens integrantes da população LGBTQIA+.

As disposições protetivas da população LGBTQIA+ nas prisões devem ser estendidas aos(as) adolescentes que se autodeterminarem lésbicas, gays, bissexuais, travestis ou transexuais, *queers*, intersexos, assexuais e outras possibilidade de identidades de gênero e orientações sexuais e forem apreendidos, processados por cometimento de ato infracional ou em cumprimento de medidas socioeducativa no que couber e enquanto não for elaborado ato normativo próprio, considerando-se a condição de pessoa em desenvolvimento, o princípio da prioridade absoluta e as devidas adaptações, conforme previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 16 da mencionada resolução, por sua vez, recomenda aos tribunais de todo o país que, em parceria com as Escolas da Magistratura, promovam cursos destinados à qualificação e atualização funcional dos magistrados e serventuários que atuam nas Centrais de Audiências de Custódia, Varas Criminais, Juizados Especiais Criminais, Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Varas de Execução Penal em relação à garantia de direitos da população LGBTI que esteja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Penitenciário do Paraná (GMF- TJPR), em parceria com outros órgãos, lançou, no final do ano de 2020, a cartilha *Tratamento penal das pessoas LGBTI+ privadas de liberdade no Paraná: conceitos e procedimentos básicos*. A publicação

apresenta conceitos que envolvem o espectro da diversidade sexual, a diferença entre sexo biológico, expressão de gênero, identidade de gênero e orientação sexual. Além disso, contém importantes diretrizes relacionadas ao registro em documentos (nome social), abordagem policial, prisão em delegacia, entrevista, revista pessoal, visitas íntimas e assistência à saúde.

Trata-se, em verdade, de excelente iniciativa a fim de tornar mais eficiente a prestação do serviço público do Poder Judiciário, garantindo-se que atos de transfobia institucional possam ser eliminados ou ao menos reduzidos por parte do Poder Público.

O Estado do Paraná, por meio da Portaria 87, de 10 de setembro de 2019, formulou parâmetros de acolhimento e atendimento à população gay, travesti e transexual em privação de liberdade no Sistema Penitenciário estadual.

Definiu-se, ainda, a Cadeia Pública de Rio Branco do Sul (PR) como unidade de referência para custódia, provisória ou definitiva, de pessoas vulneráveis em razão de sua identidade de gênero e orientação sexual, com vistas à preservação de segurança de sua integridade física, moral e psíquica.

Ainda que necessária a intervenção de organismos internacionais de proteção aos direitos básicos de minorias e demais órgãos internos preocupados com a promoção de direitos básicos da população LGBTQIA+, em especial quando levadas ao cumprimento de penas ou prisões processuais no cárcere brasileiro, é necessário enxergar a criminologia, na qualidade de ciência voltada a compreender o crime, o criminoso e a criminalidade, como o caminho teórico, crítico e sociológico mais adequado ao enfrentamento do sistema de justiça criminal.

De acordo com Lola Aniyar de Castro (1983, p. 52), cabe a criminologia, notadamente com viés crítico, desvendar:

[...] os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com comportamento desviante; os processos de infração e desvio destas normas; e a reação, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios os tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma, conteúdo e os seus efeitos.

O pensamento criminológico, ainda que busque enfrentar o poder punitivo do Estado, bem como questionar o sistema que oprime especificamente determinadas pessoas pela seleção e estigmatização, tem como sujeito, seja pelo objeto do saber (o crime e os criminosos), seja pelos sujeitos do saber (os criminólogos) e o próprio saber, o homem com base no pensamento neoliberal de manutenção da propriedade privada e dos meios de produção (ANDRADE, 2012, p. 128-129).

Um intenso diálogo entre a criminologia crítica, que pretende tensionar o sistema de poder (machista) seletivo e opressor em face de certos grupos sociais previamente definidos, e o pensamento *queer*, que volta sua crítica à subalternização de variadas identidades de gênero e de orientações sexuais em detrimento de mecanismos históricos vinculados a matriz heterossexual, é um caminho interessante para compreender o fenômeno da violência para além do dispositivo binário de gênero.

Se a criminologia crítica busca desvendar os processos de seleção, etiquetamento e das normas que consideram o desvio apenas pela correlação entre a masculinidade e o delito, é hora de enxergar novos horizontes no campo da violência diante do apagamento e da destruição, cada vez maior, de vivências gays, lésbicas, transexuais, travestis, bissexuais, *queer* e demais manifestações subjetivas (CARVALHO; DUARTE, 2017, p. 223-225).

A partir do momento que houver a consciência de que o direito penal é responsável por estigmatizar negativamente o desvio, corpos plurais progressivamente serão notados sob o aspecto da diversidade positiva

Nesse contexto, somente sociedades igualitárias com disposição reducionista do direito penal e outros sistemas normativos de controle que conservam o poder binário são capazes de garantir liberdade de expressão aos corpos diversos. Civilizações pautadas pela redução das diferenças, por conseguinte, podem dar espaços a contribuição criativa e crítica de cada homem e cada mulher, independente de seus papéis, aqui incluído o gênero, respeitados por suas capacidades e colaborações aos demais membros desse mesmo espaço social.

Considerações finais

No decorrer da exposição foi sustentada a necessidade de repensar o sistema de gênero que estrutura e controla os corpos tendo como base a matriz heterossexual e a binaridade de gênero. Chegou o momento, então, de permitir que as corporalidades manifestem o gênero e os desejos a partir das experiências sociais e das múltiplas subjetividades.

Ainda que as vivências LGBTQIA+ ganhem espaço no debate acadêmico, seja pelas Ciências Sociais, pela Psicologia e pelo próprio Direito, é possível notar que o limite do sistema (inclusive o penal) em sentido amplo é o limite da própria sociedade que se escolheu viver – machista, punitivista e excludente e, em sentido mais restrito, o limite da família, das escolas, das igrejas, das empresas e do mercado de trabalho é o nosso próprio limite.

Nessa perspectiva, é preciso rememorar que o direito penal é feito por homens (cisgêneros e heterossexuais) e é voltado para alguns (selecionados) homens e inexistente sistema que não traga consigo as marcas desses limites.

Ora, à medida que todas as pessoas plenamente conscientes ratificam esse sistema de controle social (incluindo criminosos e vítimas), a própria sociedade é responsável pelo tratamento, diga-se de passagem, desumano, cruel e humilhante que o Estado confere aos gays, às lésbicas, aos bissexuais, às mulheres e aos homens trans, às travestis, aos intersexos e demais identidades dissonantes.

A reprodução de um sistema penal machista profundamente marcado pela culpabilização pode ser combatida com o discurso de inclusão e da consciência de que cada um tem parcela de responsabilidade na mecânica violenta em detrimento de vidas plurais, consideradas como abjetas e passíveis de sofrer todos os tipos de preconceitos, especialmente quando privadas de liberdade no interior das prisões brasileiras.

Essa mudança vai ser possível quando o sujeito individualmente tiver voz, inclusive as pessoas transexuais e as travestis, juntamente aos movimentos sociais, feministas, *queers* e demais coletivos plurais, a fim de problematizar o pensamento cisgênero como estruturante da sociedade que todos os dias desconsidera a diversidade.

Os organismos internacionais, o Poder Público, bem como a sociedade civil, conscientemente estruturados pelo pensamento binarista que os coloca em posição privilegiada, têm a missão de garantir proteção às pessoas que desafiam as normas de gênero (mesmo dentro do cárcere), partindo da compreensão de que a identidade de gênero e a orientação sexual constituem dimensões essenciais da dignidade, da personalidade, da privacidade e da liberdade de todo ser humano.

O Poder Judiciário, de maneira inédita e progressista, com base na dignidade da pessoa humana e ciente das violências experimentadas pela diversidade, estabeleceu importantes diretrizes para o acolhimento de pessoas LGBTQIA+ no sistema prisional, recomendando que a autodeterminação de gênero seja devidamente considerada pelos juízes brasileiros.

A superação do paradigma seletivo, repressivo, binário e violento na sociedade, sobretudo em face da população LGBTQIA+, é um desafio institucional, estruturante e intersubjetivo dentro do sistema de justiça criminal (passando pela polícia, juízes, promotores de justiça, agentes penitenciários e as prisões) e de todos nós.

Notas

1. Diego Paolo Barausse. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pós-Graduado em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.
2. No decorrer do trabalho e para fins didáticos, optou-se por fazer referência às mulheres transgêneras como mulheres trans.
3. Berenice Bento, partindo das concepções filosóficas de Butler, analisa gênero como uma tecnologia social heteronormativa, operacionalizada pelas instituições médicas, linguísticas, domésticas e escolares e que produzem constantemente corpos-homens e corpos-mulheres (BENTO, 2021, p. 66-83).
4. A sigla LGBTQIA+ é um conjunto de letras que faz menção às pessoas que se reconhecem como gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros (transexuais), travestis, *queers*, intersexos, assexuais. E a sigla + representa todas as outras formas de manifestar o gênero.
5. Nilo Batista expõe com profundidade a contradição existente entre o discurso teórico e o desempenho real do sistema penal. Destaca o autor que, em verdade, o

sistema penal brasileiro é marcado pela seletividade (atinge determinadas pessoas integrantes de grupos sociais em razão de suas condutas), pela repressividade (frustra a ideia de ser preventivo, mostrando-se incapaz de regular a intensidade da resposta estatal) e pela estigmatização (promove a degradação na figura social de sua clientela) (BATISTA, 2011, p. 24-26).

6. É certo que a violência é disseminada em face de todo o grupo integrante da sigla LGBTQIA+, mas, considerando que o artigo é especificamente voltado a situação das mulheres transgêneras e das travestis no cárcere (sigla T), metodologicamente, optou-se por descrever a violência contra as pessoas trans e as travestis como violência transfóbica - transfobia individual, transfobia simbólica e transfobia institucional.
7. De acordo com informações dos meios de comunicação, especialmente porque inexistem dados oficiais, a expectativa de vida de pessoas trans é de 35 anos. Essa idade estimada é menos da metade da média nacional, que é 75,5 anos (BRASIL. Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais. *Transfobia compromete a saúde de mulheres trans*. Disponível em: <https://www.medicina.ufmg.br/enquanto-existir-transfobia-saude-das-mulheres-trans-estara-comprometida>. Acesso em: 22 fev. 2022).
8. É necessário consignar a inexistência de informações oficiais a respeito da morte violenta de mulheres trans e de travestis no país. Os dados são computados pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) e pelo Grupo Gay da Bahia de forma quantitativa e são colhidos por meio de pesquisas dos casos em fontes primárias e secundárias. Os números chegam através de informações governamentais (Disque 100, SINAN etc.) dos órgãos de segurança pública e/ou dos processos judiciais e casos publicados em diversos veículos jornalísticos e mídias, hegemônicas, alternativas ou locais – que por causa da ausência ou dificuldade de acesso ou subnotificação por parte do Estado, tornam-se as principais fontes da pesquisa.
9. BRASIL. Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 18 fev. 2022.

Referências

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012. (Pensamento Criminológico; 19).
- _____. A Soberania Patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento de violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 48, p. 26-90, maio/jun., 2004.

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BARNART, Fabiano; MENEGHEL, Stela Nazareth. Assassinatos pautados em gênero: um interstício sobre a violência letal contra travestis e mulheres transexuais. In: MACHADO, Frederico Viana; BARNART, Fabiano; MAOS, Renan de (org.). *A diversidade e a livre expressão sexual entre as ruas, as redes e as políticas públicas*. Porto Alegre: Rede UNIDA, 2017.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. 3. ed. Simões Filho (BA): Editora Devires, 2021
- BRASIL. Associação Nacional de Travestis e Transexuais. *Dossiê – Assassinatos e violências contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2021*. Disponível em: <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2022.
- BRASIL. Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais. *Transfobia compromete a saúde de mulheres trans*. Disponível em: <https://www.medicina.ufmg.br/enquanto-existir-transfobia-saude-das-mulheres-trans-estara-comprometida>. Acesso em: 22 fev. 2022
- BRASIL. Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 18 fev. 2022.
- BRASIL. presidência da República; Conselho Nacional de Combate à Discriminação; Ministério da Justiça; Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução Conjunta n. 1, de 15 de abril de 2014*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527_liminar_26jun2019.pdf. Acesso em: 18 fev. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução do CNJ n. 348/2020*. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>. Acesso em: 18 fev. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução do CNJ n. 366/2021*. Altera a Resolução CNJ nº 348/2020, que estabelece diretrizes e procedimentos a serem ob-

- servados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3678>. Acesso em: 18 fev. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Tratamento penal das pessoas LGBTI+ privadas de liberdade no Paraná: conceitos e procedimentos básicos*. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/45242288/Tratamento_penal_das_pessoas_LGBTI_no_PR_distribuicao_digital.pdf/74c2c391-9269-0452-ffe2-2fe65e7cafa5. Acesso em 07 fev. 2022.
- BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.
- CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e; BARBOSA, Larissa Freire; SOARES, Iana Gonçalves. A manutenção de mulheres trans em presídios masculinos: um caso exemplar de transfobia judiciária. In: FERREIRA, Guilherme Gomes; KLEIN, Caio Cesar (org.). *Sexualidade e gênero na prisão: LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal*. Simões Filho (BA): Editora Devires, 2019.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação Social*. Tradução de E. Kosowski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- FERREIRA, Guilherme Gomes. A prisão sobre o corpo trans: gênero e significados sociais. In: JESUS, Jaqueline Gomes de. *Transfeminismo: teorias e práticas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Metanoia, 2015.
- JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientação sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. 2. ed. rev. e ampl. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Sexualidade. 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/234079919_Orientacoes_sobre_Identidade_de_Genero_Conceitos_e_Termos. Acesso em: 22 fev. 2022.
- NAÇÕES UNIDAS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Parecer consultivo OC-24/17. *Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo*. 24 nov. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 22 fev. 2022.
- NOVAIS, Flávia Luciana Magalhães. FERREIRA, Guilherme Gomes. A família que se merece”: relações e relacionamentos de familiares com as prisões. In: FERREIRA, Guilherme Gomes; KLEIN, Caio Cesar (org.). *Sexualidade e gênero na prisão: LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal*. Simões Filho (BA): Editora Devires, 2019.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 8. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- _____. *A criminologia radical*. 4. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

- THOMAS, Kendall. Tradução do inglês pelo Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto. Seriam os direitos dos transgêneros direitos inumanos? *Rev. direitos fundam. de-moc.*, v. 22, n. 1, p. 4-23, jan./abr., 2017.
- VIDAL, Júlia Silva. *Com sedas matei e com ferros morri: sobre homicídios, inquéritos policiais e criminalização de travestis*. Rio de Janeiro: Metanoia, 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Os *punitive damages* no direito brasileiro e seus reflexos nas condenações por danos morais

Gregory Ibrahim Malfatti¹

Graduado em Direito pela PUC-PR

Luiz Gustavo Thadeo Braga²

Mestre em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba

Resumo: Os *punitive damages* são definidos como a imposição, no âmbito da responsabilidade civil, de uma sanção punitiva àquele que lesiona de maneira grave e reprovável bens jurídicos alheios, indo além do simples caráter compensatório da indenização. São igualmente denominados pela doutrina estrangeira *smart money*, *exemplary damages* ou *vindictive damages*. Se traduzem em um elemento sancionatório que é acrescido ao aspecto da compensação do dano com a finalidade de punir o ofensor e de servir de exemplo para que ele e outras pessoas não venham a repetir a conduta objeto de reprimenda. No Brasil, contudo, o Código Civil veda indenizações estratosféricas e não há indenização punitiva para o dano material apenas.

MUITO SE DISCUTE sobre a possibilidade de fixação de indenizações punitivas (*punitive damages*) no Brasil, importadas do direito anglo-saxão. Há os que as defendem, há os que a elas se opõem. E é justamente nisso que reside a notória relevância do tema. Ou seja, a ausência de pacifica-

ção sobre o assunto demanda a realização de trabalhos como o presente, destinados à exposição dos contornos acerca da eventual compatibilidade do instituto com o sistema jurídico aqui vigente.

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo aferir o grau de receptividade que o ordenamento jurídico nacional atribui à indenização punitiva, mediante a exposição de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da questão. Buscar-se-á, portanto, responder à seguinte indagação: a ausência de um dispositivo legal na legislação civilista que expressamente preveja *punitive damages* como espécie indenizatória é suficiente para obstar sua utilização pelos magistrados, ou haveria alguma razão maior, algo por trás da simples inexistência de previsão legal que dê respaldo à prevalência do instituto no país?

Para fins de transparecer a essência e a finalidade do dano punitivo, far-se-á, num primeiro momento, uma análise sobre sua origem, sua conceituação e seus objetivos, seguida de uma abordagem acerca de como o valor do desestímulo é aplicado nos países onde vige o sistema jurídico da *common law*, especialmente nos Estados Unidos da América, cujo Poder Judiciário é conhecido por tê-lo adotado com veemência para a formação de precedentes judiciais. Posteriormente, um estudo sobre a eventual possibilidade de aplicar o instituto no Brasil será apresentado, nomeadamente na seara das condenações por danos morais, expondo as limitações e os requisitos que teriam de ser observados para sua adoção, bem como os posicionamentos que lhe são contrários e favoráveis, averiguando quais deles apresentam maiores coerência e plausibilidade.

Ao final, será imperiosa uma investigação acerca de como o Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando este debate, de modo a desvendar se a aceitação dos *punitive damages*, se existente, dá-se em respeito às características inerentes ao instituto e aos requisitos indispensáveis à sua utilização.

1. Definição, origem e finalidade dos *punitive damages*

Os *punitive damages* tiveram origem durante o século 18, na Inglaterra, sendo definidos como a imposição, no âmbito da responsabi-

lidade civil, de uma sanção punitiva àquele que lesiona de maneira grave e reprovável bens jurídicos alheios, indo além do simples caráter compensatório da indenização.

São igualmente denominados pela doutrina estrangeira de *smart money*, *exemplary damages* ou *vindictive damages* (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16).

Sobre o conceito de *punitive damages*, Salomão Resedá (2009, p. 225) ensina que há

um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e conseqüente função social da responsabilidade civil.

No mesmo sentido, dispõe o doutrinador norte-americano David Owen (1976, p. 1265), para quem “*punitive* ou *exemplary damages* são acrescidos aos *compensatory damages* para punir o réu pelo cometimento de uma má conduta grave ou ultrajante, bem como para dissuadi-lo e também evitar que outros venham a praticar tal conduta no futuro”.

Depreende-se, dessa forma, que os *punitive damages* se traduzem em um elemento sancionatório que é acrescido ao aspecto da compensação do dano – o qual, por sua vez, é intitulado pela doutrina estrangeira *compensatory damages* –, com a finalidade de punir o ofensor e de servir de exemplo para que ele e outras pessoas não venham a repetir a conduta objeto de reprimenda, trazendo efetividade à função social da responsabilidade civil.

Esse instituto originou-se na Inglaterra com o julgamento de dois casos, em 1763, quais sejam, *Huckle vs. Money* e *Wilkes vs. Wood* (BELL; PEARCE, 1987, p. 1).

O primeiro caso tratou-se de ação indenizatória movida por um tipógrafo em face de um mensageiro do rei, por ter este, munido apenas de um mandado genérico, invadido a residência do demandante e o

mantido em cárcere durante o período de aproximadamente seis horas em razão de suspeitas de impressão do periódico *North Briton*, 45. Foi o mensageiro, então, condenado pelo corpo de jurados ao pagamento de 300 libras em favor do tipógrafo, quantia que se demonstrou muito além dos valores que eram regulamente fixados a título de indenização em casos semelhantes³. Inconformado com a vultosa condenação que lhe fora imputada, o mensageiro recorreu à *House of Lords* (Câmara dos Lordes) para que o *quantum* indenizatório fosse reduzido. No entanto,

Os *punitive damages* tiveram origem durante o século 18, na Inglaterra, sendo definidos como a imposição, no âmbito da responsabilidade civil, de uma sanção punitiva aquele que lesiona de maneira grave e reprovável bens jurídicos alheios

sua pretensão não restou acolhida, de modo que a Corte decidiu por manter a condenação dada pelas instâncias ordinárias e ainda batizou o correspondente pagamento de *exemplary damages*, imposto como uma espécie de punição ao ofensor ante a prática de conduta considerada inaceitável, grave o bastante para fazer que a indenização assumisse um viés punitivo, além da simples compensação dos prejuízos suportados pela vítima (SERPA, 2011, p. 32).

O segundo caso, por seu turno, referiu-se à demanda indenizatória movida por um editor de jornais em face de um subsecretário de Estado, por ter invadido seu domicílio na companhia de alguns mensageiros do rei, sem a presença de mandado judicial adequado, de modo semelhante ao primeiro caso. O editor pleiteou o recebimento de indenização no importe de cinco mil libras. O corpo de jurados, no entanto, fixou o montante indenizatório em consideráveis mil libras, que certamente já se demonstravam copiosas para a época, por entender que a indenização, na espécie, não poderia cingir-se aos prejuízos do ofendido, tendo de igualmente desempenhar um papel de punição ao transgressor como resposta à cristalina gravidade da conduta por ele perpetrada⁴.

Em que pese a origem dos *punitive damages* ter se dado na Inglaterra, o instituto rapidamente transcendeu as fronteiras do país e foi fortemen-

te recepcionado pelo Poder Judiciário de outros países adeptos ao sistema da *common law*, notadamente pelas cortes dos Estados Unidos da América, onde foi contemplado com amplo desenvolvimento teórico e passou a servir como fundamento para a fixação de indenizações milionárias, observados os limites adotados – pela doutrina e pela jurisprudência – para a sua aplicação, os quais serão objeto de exame no tópico seguinte.

2. Os *punitive damages* no sistema jurídico da *common law* – requisitos e contornos jurídicos

Tendo em vista as diferenças que se perpetuam entre os ordenamentos jurídicos dos países seguidores da *common law*, assim como as diferenças que imperam entre as legislações e a jurisprudência dos Estados norte-americanos, dotados de visível independência jurídica, faz-se necessário expor, no presente trabalho, os requisitos usualmente adotados por tais países para o emprego dos *exemplary damages*.

Os requisitos de caráter objetivo dizem respeito exclusivamente à execução da conduta pelo agente e ao resultado material que ela produz, sem a averiguação da intenção do ofensor, reservada ao exame dos requisitos subjetivos.

São, assim, três os critérios de natureza objetiva: (i) a execução de uma conduta ilícita; (ii) a sucessão de um prejuízo; e (iii) a existência de um nexo de causalidade entre a ilicitude e o resultado (PRIEST, 2003, p. 9).

Quanto ao primeiro elemento, existem discussões no seguinte sentido: esse ato ilícito deve necessariamente ser extracontratual, ao qual é conferida a denominação *tort*, ou é admitido também o uso dos *punitive damages* na esfera dos ilícitos contratuais, chamados de *breaches of contract*? (SERPA, 2011, p. 55).

A resposta para tal indagação é encontrada na doutrina de William S. Dodge, ao pontuar que “a maioria das jurisdições americanas não permite *punitive damages* por violação contratual, a não ser que a violação constitua uma ilicitude independente”⁵.

Na mesma linha, o doutrinador David Owen (1976, p. 1271-1272) aponta algumas exceções que permitem a aplicação dos *punitive damages* para os atos ilícitos contratuais, tais como a fraude, a quebra de contrato de trabalho (*breach of contract of employment*), o inadimplemento contratual que enseje a quebra de um dever de fidúcia (*breach of fiduciary duty*) e ainda a violação de promessa de casamento (*breach of promise of marry*).

Constata-se, pois, que a adoção dos *vindictive damages* na seara da responsabilidade contratual somente é permitida quando a ilicitude igualmente se reproduz na esfera extracontratual, de forma a materializar uma espécie de ilícito independente, a fraude, por exemplo.

Já no que cinge ao elemento “prejuízo”, a doutrina estrangeira examina se é necessária a ocorrência de um efetivo prejuízo ou se existe a possibilidade de o instituto em questão ser aplicado aos prejuízos meramente simbólicos.

Em um primeiro momento, é correto dizer que a utilização dos *punitive damages* somente se faz viável se ao ofensor tiver sido atribuída a responsabilidade pelos danos ocasionados ao ofendido e, à vista disso, ter-lhe sido imputada a obrigação de pagar uma indenização de natureza compensatória (*compensatory damages*), segundo ensina Priest (2003, p. 9).

Isso ocorre porque os *punitive damages* são somados ao elemento reparatório da indenização com o escopo de penalizar o réu pela ilicitude praticada e de coibi-lo a reiterar o ato juridicamente reprovável, bem como de desestimular outros potenciais ofensores a comportarem-se da mesma maneira.

No entanto, tal excerto não deve ser interpretado de maneira absoluta, uma vez que é possível, no sistema da *common law*, o instituto ser aplicado aos casos em que haja mera violação a um interesse juridicamente tutelado, sem que a vítima tenha sofrido efetivo prejuízo, circunstância em que a indenização assume caráter “nominal” (*nominal damages*) (BELL; PEARCE, 1987, p. 6).

Isso porque os *punitive damages*, como já se pôde perceber, não ostentam caráter reparatório ou compensatório, mas sim de natureza exclusivamente punitiva, em que a sua utilização ocasiona a transferência da

atenção que em princípio seria destinada à vítima para aquele que infringir normas jurídicas e atuar de maneira reprovável (SERPA, 2011, p. 59).

Ou seja, o fato de o réu ter praticado uma conduta grave, que repercute negativamente na sociedade, pode trazer consigo a presença de um dano que não necessariamente revele um prejuízo quantificável, mas sim um prejuízo simbólico, intrínseco à própria conduta desempenhada pelo agente.

Eis aqui uma diferença facilmente constatável em relação à eventual aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, o que será objeto de maior aprofundamento nos tópicos seguintes, na medida em que não se pode falar em responsabilidade civil no Brasil sem que haja um concreto prejuízo à vítima, seja ele de caráter material, seja ele de natureza extrapatrimonial.

Em relação aos requisitos subjetivos para a incidência dos *vindictive damages*, a doutrina estrangeira, sobretudo a norte-americana, comumente os divide em três: i) a má intenção (*malicious*); ii) a imprudência qualificada pela indiferença (*reckless disregard*); iii) a negligência grave (*gross negligence*). Nesse aspecto, basta que o transgressor preencha uma dessas três hipóteses de caráter subjetivo para que lhe seja imputada a feição punitiva da indenização (BONNA; LEAL, 2018, p. 205).

A má intenção configura-se quando o ofensor atua de modo direcionado à produção do dano. A negligência, por sua vez, pode ser entendida como a ignorância, por parte do réu, de uma circunstância que faz com que a conduta por ele praticada se torne ilícita, sem que o seu comportamento seja destinado à efetivação da lesão. Por último, a imprudência perfaz-se quando o agente tem pleno conhecimento dos riscos inerentes à sua conduta e mesmo assim vem a praticá-la, portando-se com indiferença quanto aos possíveis resultados dela provenientes.

Os exemplos trazidos por Alexandre Pereira Bonna e Pastora do Socorro Teixeira Leal (2018, p. 205) demonstram que tanto a simples negligência quanto a mera imprudência não ensejam a aplicação dos *punitive damages*, as quais devem ser revestidas de gravidade e reprovabilidade elevadas o suficiente para permitir que ao demandado seja atribuída uma punição, sucedendo-se em níveis capazes de gerar aversão aos que com elas se deparem.

Acerca da negligência grave (*gross negligence*), os citados autores assim a exemplificam:

Um exemplo de negligência grave é o caso de companhia especializada em estudo de qualidade de água, que, após ser contratada para atestar se a qualidade da água de determinada comunidade estava dentro dos níveis de qualidade exigidos, não atestou a quantidade de componente químico danoso à saúde por ter passado despercebido no estudo. Pela natureza da atividade, a companhia deveria atestar a incidência do composto químico, mas por negligência grave não o fez (BONNA; LEAL, 2018, p. 207).

Já no tocante à imprudência qualificada pela indiferença (*reckless disregard*), expõem o seguinte exemplo:

Um exemplo de imprudência com total indiferença diz respeito a um empregador, que, após realizar testes de segurança, sabia que o uso de determinado equipamento não garantiria a proteção adequada ao trabalhador, mas pensando em poupar gastos, decidiu adotar mesmo assim este equipamento em detrimento de outro mais caro. O empregador sabia dos riscos e nada fez para incrementar a segurança do trabalhador (BONNA; LEAL, 2018, p. 206).

Da análise de tais elementos extrai-se que o emprego dos *punitive damages*, no sistema da *common law*, somente é admitido quando o agente tiver atuado com a intenção de causar o dano ou, ao menos, quando tiver procedido com um descuido que seja juridicamente reprovável a tal ponto que se torne inadmissível, grave o suficiente para motivar a imposição de uma penalidade em seu desfavor.

Por conseguinte, tem-se que a aplicação da indenização punitiva aos casos em que a responsabilidade do agente seja objetiva encontra óbices na imprescindibilidade de extrema reprovação da sua conduta, eis que, em primeiro olhar, estaria dissociada dos então mencionados requisitos subjetivos. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas entendem pelo cabimento dos *exemplary damages* em tais casos somente quando o réu – ainda que desnecessária a averiguação de sua

culpa – tiver atuado com dolo ou culpa grave, de modo a preencher um dos supracitados elementos (GATTAZ, 2016, p. 4).

Superada essa questão, cumpre registrar que, nos Estados Unidos da América, os *punitive damages* são cominados por um júri civil (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19) e contam com um vasto campo de aplicabilidade, porquanto não se limitam às indenizações por danos morais, sendo adotáveis, outrossim, nas condenações por danos unicamente materiais (ANDRADE, 2006, p. 139-140). Vale ressaltar que tais características não poderiam subsistir no direito brasileiro, segundo o qual as condenações civis são impostas por juízes, permanecendo a competência do tribunal do júri restrita à esfera criminal, para os crimes dolosos contra a vida, e os danos materiais limitam-se ao concreto prejuízo sofrido pela vítima.

Quanto aos requisitos para a fixação do *quantum* punitivo, apesar de não haver pacificação acerca do assunto entre os países filiados à *common law*, consigne-se que o *Restatement (Second) of Torts* – documento que consagra os princípios gerais do direito estadunidense –, em seu § 908 define que hão de ser levadas em conta a natureza da conduta, a natureza e a extensão do dano causado ou pretendido e, por último, a riqueza do réu (OWEN, 1976, p. 365).

Vê-se que o aludido mandamento não estabelece as condições econômicas da vítima como um critério a ser observado para a fixação do *quantum* da indenização punitiva. Nessa perspectiva, entende-se que, excepcionalmente, dever-se-á adotar a riqueza do ofendido para tal finalidade, a qual somente deve ser observada quando for necessária para apurar o grau de reprovabilidade da conduta do réu (WILCOX, 2009, p. 25). Exemplos seriam os casos em que a ilicitude é executada em desfavor de pessoas que, em razão da sua baixa condição financeira, apresentam maiores chances de sofrer algum prejuízo (SERPA, 2011, p. 68).

Por isso, sobretudo nos Estados Unidos da América, a aplicação dos *exemplary damages* permite a fixação de indenizações em importâncias milionárias (ou mesmo bilionárias), cumprindo-nos destacar um julgamento simbólico: *Grimshaw vs Ford Motors*.

A respeito desse caso tem-se que, no ano de 1972, a sra. Gray, acompanhada do adolescente Richard Grimshaw, de 13 anos de idade, dirigia

seu veículo Ford Pinto por uma autoestrada na Califórnia, quando repentinamente o automóvel enguiçou ao trocar de faixa e foi abalroado por outro veículo. Em decorrência do sinistro, a sra. Gray faleceu, e Grimshaw sofreu graves queimaduras. Foi, então, ajuizada ação indenizatória pelo adolescente e pelos herdeiros da sra. Gray em face da Ford Motors, ocasião em que o júri condenou a empresa a pagar ao adolescente uma quantia de US\$ 2,51 milhões a título de *compensatory damages* e de expressivos US\$ 125 milhões a título de *punitive damages*. Em favor dos herdeiros da sra. Gray, estipulou-se uma indenização compensatória de US\$ 559,68 milhões. Irresignada, a Ford Motors recorreu à Corte de Apelações, mas seu recurso foi desprovido (ANDRADE, 2009, p. 121-122).

Conforme se observará, o arbitramento de vultosas condenações, em padrões semelhantes aos seguidos pelos Estados Unidos da América, não encontra refúgio na legislação nem na jurisprudência brasileiras, o que não significa dizer que a indenização punitiva não possa ser utilizada para fins de sancionar o demandado e de prevenir que ele e outras pessoas venham a praticar condutas semelhantes à que deu azo à aplicação da correspondente sanção.

3. Compatibilidade dos *punitive damages* com o direito brasileiro

A incidência do instituto dos *punitive damages* no Brasil, âmbito no qual é popularmente chamado de teoria do valor do desestímulo (ou, simplesmente, dano ou indenização punitiva), encontra forte amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, estatuído no art. 1º, III, da Constituição de 1988, assim como nos direitos fundamentais, tais como a honra, imagem, intimidade e vida privada, consagrados pela magna carta em seu art. 5º, x. Desse modo, é possível defender a aplicação dos *punitive damages* nas condenações por danos morais independentemente da existência de um dispositivo legal que expressamente os preveja, já que a própria Constituição Federal consigna que tais direitos são objeto de ampla proteção, não se admitindo que contra eles sejam impingidas quaisquer violações (ANDRADE, 2006, p. 147).

O fato de alguém, gravemente, violar direitos fundamentais de outrem afronta os dispositivos constitucionais acima colacionados, o que, com efeito, torna indispensável que ao ofensor seja imposta uma punição certamente não vislumbrada no caráter meramente compensatório da indenização (ou seja, não é evidenciada nos *compensatory damages*, realizando-se um paralelo com a explanação feita alhures, acerca da aplicação do instituto na *common law*).

A adoção de intelecção diversa estimularia, por certo, a prática dos mais variados ilícitos pela coletividade, que teria a inequívoca ciência de que eventuais ofensas praticadas, independentemente de suas gravidades, apenas suscitariam o surgimento da obrigação de reparar o dano e de compensar o lesado, sem que houvesse um aspecto sancionador, revestido de natureza punitiva, somado à recompensa à vítima pelos danos a si causados.

Nesse sentido, são os ensinamentos de André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 148):

A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. [...] não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável.

De acordo com esse autor, subsiste, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, o sentido de que a indenização por dano moral apresenta função dúplice, atuando para compensar a vítima pelo dano sofrido e para punir o ofensor pelo ilícito praticado (ANDRADE, 2006, p. 141). Todavia, há tempos que esse caráter punitivo é mencionado em decisões judiciais e em passagens doutrinárias, sem que haja acréscimo em desfavor do ofensor de um *quantum* indenizatório verdadeiramente significativo, pelo que se entende primordial haver a transposição dos *punitive*

damages, em seus principais traços, ao direito nacional, observadas as limitações por este concebidas (ANDRADE, 2006, p. 146).

Com efeito, vê-se que o aspecto compensatório inerente à indenização não é suficiente para fazer jus à proteção constitucional que é outorgada aos direitos da pessoa humana, sendo necessário o arbitramento, em desfavor do indivíduo que tenha executado uma ilicitude demasiadamente reprovável, de uma indenização de natureza punitiva com a finalidade de dar real efetividade ao aspecto sancionatório intrínseco à indenização por danos extrapatrimoniais, de maneira a censurar o transgressor e a servir de exemplo para que outros não sejam encorajados a proceder da mesma maneira.

O doutrinador Carlos Alberto Bittar (1999, p. 232-233) compartilha do mesmo entendimento:

Adotada a reparação pecuniária – que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos –, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos *punitive* ou *exemplar damages* da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que, sinta efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

Ademais, de acordo com a doutrina de Carlos Eduardo Pianovski Ruzik (2002, p. 152), o viés punitivo da condenação tem o condão de desestimular a reiteração da conduta danosa por intermédio do prejuízo à competitividade econômica, o que significa dizer que a imputação

ao ofensor de uma expressiva condenação faz a prevenção do dano ser economicamente mais viável do que os custos por ele gerado. Assim se perfectibiliza, portanto, o desestímulo proveniente do emprego dos *vindictive damages*.

De outro vértice, passando-se para um ponto de absoluta relevância, tem-se que o art. 944, *caput*, do Código Civil, estabelece que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, ao passo que o parágrafo único desse mesmo dispositivo preceitua que o magistrado poderá reduzir equitativamente a indenização se houver excessiva desproporção entre o dano causado e a culpa do agente. Ou seja, a legislação civil estabelece que o grau de culpa do réu deve ser analisado unicamente para fins de reduzir-se o *quantum* da indenização, de forma que não se prevê a necessidade dessa análise para que o importe indenizatório seja majorado.

Nesse diapasão, o fato de o demandado ter agido com culpa grave ou com dolo não interfere, nos termos do Código Civil, na fixação do montante indenizatório, cuja apuração é feita tão somente com base na extensão do dano causado. É a partir de então que surge, à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e de todos os direitos fundamentais consagrados na lei maior, a imprescindibilidade de estipular-se uma quantia em acréscimo à que é arbitrada a título de reparação ou compensação ao lesado, ou seja, uma quantia que represente uma penalização ao demandado pela ilicitude por ele consumada, quando presentes os requisitos indispensáveis para tanto, que serão objeto de exame posterior.

Sobre esse aspecto, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 135-136) tece abalizados argumentos:

É tradicional em nosso direito a ideia de que a função da responsabilidade civil se limita à reparação do dano. Em não sendo possível a reparação *in natura* do dano, busca-se ressarcir o prejuízo sofrido pela vítima ou compensar seus danos através de um equivalente ou sucedâneo pecuniário. Na dicção do art. 944 do nosso Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. A preocupação, portanto, é exclusivamente com a figura da vítima, cujo dano se busca apagar ou ao menos minorar. Não importa a reprovabilidade da con-

duta do ofensor, a intensidade da sua culpa, a sua fortuna, o proveito por ele obtido com o ilícito ou quaisquer outras circunstâncias que a ele digam respeito. Estabelecida a responsabilidade, o valor da indenização é medido somente pela extensão do dano ou prejuízo. [...] A simples reparação do dano não considera a maior gravidade da conduta. Esse é o papel tradicional, a visão clássica da responsabilidade civil no Direito Brasileiro. Essa forma de encarar a responsabilidade civil tem se modificado nos últimos tempos, principalmente após a Constituição de 1988. Nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, com nitidez, o que pode vir a ser considerado uma mudança de paradigma, representada pela ideia de que, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido um direito da personalidade, a indenização deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina tradicional.

Denota-se, pois, que a perspectiva clássica da responsabilidade civil precisa ser amoldada aos preceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988, permitindo-se, além da justa reparação ou compensação à vítima, a imposição de uma punição ao transgressor por ter, de forma gravosa, intentado contra direitos fundamentais resguardados pelo texto constitucional.

Assim sendo, faz-se necessário esclarecer a diferença entre a indenização punitiva e o caráter pedagógico-punitivo dos danos morais, posteriormente expondo os pressupostos para que os *punitive damages* sejam adotados pelo Poder Judiciário brasileiro.

4. Diferença entre o caráter pedagógico-punitivo dos danos morais e os *punitive damages*

A indenização punitiva não pode ser confundida, como muitos o fazem, com o caráter pedagógico-punitivo do dano moral.

Tal se dá porque o dano moral, na tradição romanística, desempenha as funções compensatória e dissuasória por sua própria natureza, ao passo que o valor do desestímulo não ostenta um viés compensatório ou satisfativo, mas sim um viés de caráter exclusivamente sancionatório,

consubstanciando-se num efetivo acréscimo à compensação destinada ao lesado com a indenização por dano moral. Trata-se, portanto, de uma quantia somada ao valor arbitrado a título de danos morais, ou seja, trata-se literalmente da imposição de uma pena na esfera do direito civil, com o intuito de repelir futuras condutas idênticas à que foi objeto de reprovação.

Certamente, o dano moral nada tem a ver com pena privada. E se não tem relação com pena privada, logicamente não pode ser confundido com os *punitive damages*.

Acerca do assunto, Maria Helena Diniz (2018, p. 95) assim dispõe:

De fato, mesmo diante dessa dupla função de punição e dissuasão ou prevenção, não há como confundir-se *punitive damages*, com a indenização por danos morais na tradição romanística, conquanto esta também desempenhe sabidamente função punitiva e preventiva. A diferença bem óbvia é que os *punitive damages* não detêm, nunca, também uma função compensatória e satisfativa, eis que simplesmente se constituem num plus, numa soma adicional, em relação à própria compensação de danos patrimoniais ou morais, isto é, aos danos compensatórios (*compensatory damages*).

Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler (2005, p. 22-23) lecionam, nessa mesma linha, que:

É preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); outra coisa é adotar-se a doutrina dos *punitive damages* que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente – a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo.

Diante do exposto, é correto concluir que a efetividade do dano punitivo somente será evidenciada quando restar claro nas decisões judiciais que, além da reparação ou compensação do dano, está-se também impondo ao réu, em decorrência da conduta por ele praticada, a obrigação de arcar com uma indenização de natureza puramente sancionatória, revestida de autonomia, que em hipótese alguma deve ser atrelada às funções que implicitamente podem ser exercidas pela indenização por danos morais, mesmo porque aquela, diferentemente desta, apenas tem cabimento em hipóteses bastante específicas, consoante se verificará a seguir.

5. Requisitos para aplicação da indenização punitiva no Brasil

Para que os *punitive damages* sejam aplicados no direito brasileiro, em primeiro lugar, exige-se a presença dos pressupostos básicos da responsabilidade civil, que são a prática de conduta ilícita, ocorrência de um dano e a existência de um nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Nos dizeres de Gustavo Tepedino (2009, p. 407), “o dever de reparar não há de ser admitido sem a presença do dano e do nexo de causalidade entre a atividade e o evento danoso, tendo por escopo o ressarcimento da vítima”.

No que diz respeito à conduta ilícita, assim como nos Estados Unidos da América, é possível o uso dos *exemplary damages* nos casos de responsabilidade contratual, desde que neles subsista o empreendimento de uma conduta visivelmente reprovável por um dos contratantes, que gere um dano à esfera extrapatrimonial da outra parte da relação jurídica. Assim, não basta o simples inadimplemento, mas deve ser acompanhado de uma ilicitude que produza, no outro sujeito da relação, abalo moral passível de indenização (SERPA, 2011, p. 247-248).

Noutro giro, cumpre registrar uma significativa diferença entre a materialização do instituto em exame no direito nacional e a sua aplicação no sistema da *common law*. Ao passo que no sistema norte-americano admite-se o emprego dos *punitive damages* para os prejuízos de caráter meramente simbólicos, conforme esclarecido no início do presente arti-

go, a prevalência da indenização punitiva no Brasil há de estar amparada na concretização de um dano efetivo, por ser um requisito indispensável para o arbitramento de qualquer indenização no país.

São os ensinamentos de Arnaldo Rizzardo (2011, p. 68):

Para a caracterização da obrigação de indenizar, é preciso, além da ilicitude da conduta, que exsurja como efeito o dano a bem jurídico tutelado, acarretando, efetivamente, prejuízo de cunho patrimonial ou moral. Não é suficiente apenas a prática de um fato *contra legem* ou *contra jus*, ou que contrarie o padrão jurídico das condutas.

Para que não parem dúvidas acerca da necessidade de um real prejuízo para a adoção da indenização punitiva, veja-se a lição de Pedro Ricardo e Serpa (2011, p. 249):

[P]ode um determinado ofendido pretender a condenação do ofensor ao pagamento de indenização punitiva se este último houver cometido um ato ilícito que, ainda que intencional ou gravemente culposos, não tenha causado prejuízo efetivo, quer patrimonial, quer extrapatrimonial? Em resposta a tal questionamento, [...] acredita-se que a indenização punitiva deva ser um instrumento submetido ao regramento comum do instituto da responsabilidade civil, que não pode se esquivar dos requisitos mínimos previstos para a sua atuação, entre os quais se encontram, em se tratando de responsabilidade subjetiva: ato ilícito, culpabilidade,nexo de causalidade e, essencialmente, dano.

Em continuidade, registre-se que outra condição a ser observada é a existência de condenação por danos morais, a qual permite a atribuição de uma penalidade ao réu por balizar-se em princípios constitucionais garantidores de direitos situados no cerne do ordenamento jurídico, conforme minuciosamente exposto nos tópicos antecedentes (ANDRADE, 2006, p. 149).

Com efeito, diversamente dos prejuízos de cunho material, que são facilmente quantificáveis pelo dano gerado ao patrimônio da vítima, os

danos aos direitos fundamentais vão muito além, pois não são passíveis de uma concreta reparação com o conseqüente retorno do ofendido ao *status quo ante*. Entende-se, assim, que a previsão do *caput* do art. 944 do Código Civil aplica-se exclusivamente aos danos materiais, porquanto a extensão dos danos morais é imensurável (ANDRADE, 2006, p. 149).

Com base nessa mesma inteligência conclui-se que os *punitive damages* apenas podem ser utilizados quando da ocorrência de danos extrapatrimoniais, os quais atingem os direitos da personalidade do indivíduo, encontrando “obstáculos de difícil superação” em relação às condenações de caráter exclusivamente material e reparatório, cujo *quantum debeat*, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, restringe-se ao abalo patrimonial sofrido pela vítima (ANDRADE, 2006, p. 148-149).

Trata-se, por certo, de outra visível diferença em relação às regras adotadas pelos países filiados à *common law*, os quais, como elucidado em momento anterior, não se limitam a aplicar os *vindictive damages* aos danos morais, admitindo-os também nas indenizações por danos puramente materiais.

Denota-se que os pressupostos delineados são de natureza objetiva, eis que não dizem respeito à intenção do agente, traduzida, por sua vez, em um aspecto de caráter subjetivo.

Quanto aos elementos de natureza subjetiva, sustenta-se que a indenização punitiva não pode ser fixada quando o réu não tiver atuado de maneira altamente reprovável, uma vez que em tal circunstância inexistente a necessária motivação para censurar o agente, possibilitando-se unicamente a simples compensação da vítima. Nesse cenário, em que pese o grau de culpa do agente não seja – nos termos do art. 944 do Código Civil – um elemento a ser analisado para majorar o valor da indenização, apenas para minorá-lo, para fins de aplicação dos *punitive damages*, a doutrina registra ser imperioso observar se a culpa do demandado foi grave ou se ele agiu com dolo, ocasiões em que o instituto terá cabimento. Em outros termos, não é viável o emprego do valor do desestímulo quando o transgressor tiver agido com culpa leve ou levíssima (ANDRADE, 2009, p. 265).

Cumpra assinalar que o dolo consubstancia-se na vontade do agente de produzir o dano, que pode ser almejado (dolo direito) ou simples-

mente aceito por ele (dolo indireto ou eventual), ao passo que a culpa grave alude à negligência ou à imprudência grosseira, traçada pela indiferença do agente, elementos já definidos e exemplificados no início (ANDRADE, 2009, p. 150).

Extraí-se que a teoria do valor do desestímulo não encontra abrigo nas situações em que o agente responda objetivamente em razão de nesses casos ser prescindível a análise de sua culpa. No entanto, André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p. 268) pontua algumas exceções a tal assertiva, de forma que se em tais circunstâncias o réu tiver atuado com dolo ou culpa grave, a aplicação do instituto faz-se apropriada, porquanto nada impede a apuração da subjetividade da conduta do ofensor, ainda que tal averiguação seja dispensável. Ademais, se o agente tiver ilicitamente enriquecido, independentemente, nessa última hipótese, de ter ele agido ou não com culpa ou dolo os *exemplary damages* igualmente terão cabimento, pois a gravidade do resultado obtido, por si só, viabiliza a imposição de uma censura ao réu em razão de ele ter enriquecido causando danos a direitos fundamentais de outrem. Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 99), em complemento, consigna a possibilidade de prevalência do instituto em caso de reiteração da conduta ilícita, independentemente, mais uma vez, da averiguação da culpa do agente.

Portanto, à medida que são evidenciadas disparidades entre os requisitos de caráter objetivo a serem observados pelo Judiciário brasileiro e as regras de natureza objetiva acolhidas pelos países filiados à *common law*, constata-se grande similitude entre os elementos de caráter subjetivo, uma vez que o dolo e a culpa grave são, na maior parte das vezes, tidos como condições basilares para a aplicação da teoria do valor do desestímulo, tanto para os países adeptos ao direito comum quanto para o Brasil, onde impera o sistema romano-germânico (*civil law*).

6. Divergências doutrinárias

Considerável parte da doutrina alega ser inviável a aplicação da indenização punitiva no Brasil ante as diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos e costumes dos países que adotam o sistema jurídico da

common law e as regras jurídicas e tradições brasileiras, que, como dito, filia-se ao sistema da *civil law* (GATTAZ, 2016, p. 6).

Nesse contexto, os principais fundamentos utilizados pela parte da doutrina contrária aos *punitive damages* são o possível enriquecimento sem causa em benefício da vítima, a ausência de expressa previsão legal acerca do instituto, e ainda o caráter de pena privada do dano punitivo.

No tocante ao suposto enriquecimento sem causa, o doutrinador Giovanni Ettore Nani (2010, p. 354-358) discorre que a fixação de uma indenização punitiva seria traduzida em uma indenização superior ao efetivo dano suportado pela vítima, o que lhe ocasionaria, em princípio, uma vantagem econômica indevida, motivo pelo qual a adoção dos *vindictive damages* no Brasil, de acordo com o autor, não parece ser apropriada. Adotando posicionamento similar, o doutrinador Rodrigo Mendes Delgado (2011, p. 316) sustenta que o enriquecimento sem causa proveniente de condenações dessa espécie fomentaria a indústria do dano moral, já que as pessoas seriam impulsionadas a provocar o Poder Judiciário em busca de vultosas condenações, então advindas da aplicação do valor do desestímulo.

Em contrapartida, a outra parcela da doutrina – cujo entendimento parece ser o mais adequado – defende que o dano punitivo não ocasionaria o enriquecimento sem causa. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2002, p. 148) argumenta que o mero enriquecimento de uma das partes não enseja ilicitude, visto que esse enriquecimento estaria, de outro modo, pautado em uma causa, espelhada na própria reparação do dano, isto é, a condenação do agente ao pagamento de tal indenização em favor da vítima, com o consequente enriquecimento dela, suceder-se-ia tão somente em decorrência da prática de uma ilicitude que acarretou ao ofendido um prejuízo de natureza moral, sendo inviável, portanto, falar-se em enriquecimento sem causa, uma vez que a causa certamente existiria.

De outro viés, a doutrinadora Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 15) apresenta uma sugestão capaz de rechaçar qualquer argumentação acerca de suposto enriquecimento indevido, a qual diz respeito à destinação dos valores pagos pelo réu a título de *punitive damages* a um fundo público, revertendo-os em prol da sociedade, nos moldes previstos no art. 13 da Lei 7.347/85, que disciplina as condenações nas ações civis

públicas. Assim, a vítima seria ressarcida pelos prejuízos que lhe foram causados, mas a eventual quantia despendida pelo agente em razão da aplicação da indenização punitiva seria destinada ao aludido fundo, de maneira a tornar o enriquecimento sem causa impossível de ser concretizado.

Entretanto, uma vez que o entendimento exposto, atinente à possível destinação do *quantum* indenizatório a um fundo beneficente, ainda não ter sido recepcionado pelo Poder Judiciário, a aplicação irrestrita dos *exemplary damages* encontra resistência na jurisprudência pátria, como adiante será demonstrado, à luz do art. 884 do Código Civil, pois, por mais que não impeça que a vítima seja contemplada com uma quantia adicional à compensação, como sustenta parte da doutrina, impede que receba valores excessivos, totalmente incompatíveis com a conduta do agente e com o dano sofrido.

Outro fator salientado pelos autores que refutam a indenização punitiva é a ausência de expressa disposição legal que a preveja. Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (2006, p. 521-522) ensinam que o Código Civil apenas estabelece a gravidade da culpa como um elemento a ser examinado para fins de redução equitativa da condenação, quando for desproporcional ao dano causado. No entanto, segundo esses doutrinadores, as sentenças judiciais vêm fixando indenizações punitivas quando a simples compensação do lesado não se demonstra suficiente para repelir a repetição do ilícito, em inobservância ao fato de que essas punições não poderiam prescindir de expressa autorização legislativa.

Opondo-se à cognição acima exarada, André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p. 284) afirma que:

Sopesando os interesses contrapostos em jogo, não é difícil estabelecer qual deles deve preponderar. De um lado, tem-se o interesse em prevenir comportamentos lesivos a direitos da personalidade, dissuadindo o lesante e terceiros, de outro lado, o interesse em não surpreender o lesante com a imposição de uma pena pecuniária não prevista previamente em lei. A aplicação da indenização punitiva atenderia, sem dúvida, a um interesse sensivelmente mais relevante.

No ver desse autor, não restam dúvidas de que a necessidade de prevenir comportamentos lesivos a direitos fundamentais sobrepõe-se à ausência de previsão legal a respeito da pena pecuniária. Essa premissa foi, inclusive, utilizada para demonstrar, em tópico anterior, a compatibilidade do dano punitivo com o ordenamento jurídico aqui vigente, levando-se em conta que os direitos da personalidade, bem como a dignidade da pessoa humana, são atributos expressamente resguardados pela Lei Maior, não sendo tolerado que contra eles sejam pespegadas quaisquer ofensas.

Má intenção: configura-se quando o ofensor atua de modo direcionado à produção do dano. Negligência: ignorância de prática ilícita por parte do réu. Imprudência: agente sabe dos riscos e mesmo assim pratica a conduta

Finalmente, para alguns autores, como é o caso de Pontes de Miranda (1972, p. 183), a função de penalizar é exclusivamente atribuída ao direito penal, ramo do direito público, ao passo que ao direito civil, esfera pertencente ao direito privado, é conferida apenas a função de reparar o dano e de compensar a vítima. Baseando-se nessa premissa, Rodrigo Mendes Delgado (2004, p. 219) leciona que o dano punitivo se trata de instituto instalado entre as esferas penal e civil, consistindo em um sistema misto, incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, ao fundamento de que os referidos ramos encontrar-se-iam em extremos opostos.

Porém, a parte da doutrina que defende os *punitive damages* retorque esse posicionamento sem grandes dificuldades. De acordo com a lição de Antônio Junqueira de Azevedo (2004, p. 212) – que já se demonstra suficiente para refutar o entendimento voltado à impossibilidade de censura no âmbito civil –, a separação entre direito civil e direito penal, restando este com a função de punir e aquele com a função de reparar o dano, é ultrapassada, sendo uma inverdade dizer que a legislação civil não preveria dispositivos de caráter punitivo, já que o Código Civil adota até a palavra “pena” em certas ocasiões.

Portanto, ainda que existam teses contrárias ao emprego do dano punitivo no Brasil, a doutrina que lhe é favorável apresenta argumentos

sólidos que transparecem a compatibilidade do instituto com o direito brasileiro, tanto que considerável parte dos tribunais vem se posicionando no sentido de ser necessária a indenização punitiva para reprimir o ofensor por violar direitos da personalidade de outrem e para dissuadi-lo a repetir a conduta ilícita, assim como para desestimular a coletividade a comportar-se de maneira análoga.

7. Aplicação do valor do desestímulo pelos tribunais

No presente tópico, será feita análise do grau de receptividade que a teoria do valor do desestímulo encontra na jurisprudência brasileira. Optou-se pela pesquisa jurisprudencial em três tribunais: Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

O Superior Tribunal de Justiça já proferiu acórdãos contemplando o viés de que os *punitive damages* podem ser utilizados em condenações por danos extrapatrimoniais no Brasil. A título ilustrativo, observem-se fragmentos do julgamento do Recurso Especial 401.358-PB, concernente a um caso de veiculação de notícia caluniosa pela imprensa:

Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. Como fixar a reparação?; quais os indicadores? Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos “*punitive damages*”. “*Punitive damages*” (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam. Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as “*punitive damages*” como a “teoria do valor do desestímulo” posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a rece-

ber idêntica sanção. No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo. Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das “punitive damages” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002 (Recurso Especial nº 401.358 – PR, Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF da 1ª Região), 4ª Turma, Data de Julgamento: 05.03.2009, Data de Publicação: 16.03.2009).

Verifica-se que a corte superior segue o preceito de que a indenização punitiva apresenta natureza estritamente sancionatória, sendo importada do direito norte-americano para punir o réu no âmbito civilista. É possível perceber, desse modo, ainda que não de forma satisfatoriamente explícita, uma correta distinção entre as funções do dano moral e o valor do desestímulo propriamente dito. No entanto, menciona-se a vedação do enriquecimento sem causa, prevista no art. 884 do Código Civil, como um fator que restringe a aplicação do instituto no Brasil.

Nesse quadro, não se ignora o fato de que o valor da indenização não pode desvincular-se do referido dispositivo legal, cuja inobservância importa enriquecimento indevido à vítima. Todavia, repise-se que a indenização punitiva não se confunde com a compensação do lesado, de maneira que a gravidade da conduta do réu – que age com dolo ou culpa grave, viabilizando, assim, a imputação contra si de uma penalidade – trata-se de uma causa ensejadora da fixação de valores mais altos do que os estabelecidos somente com base na mera indenização compensatória, consoante doutrina (citada alhures) segundo a qual a indenização punitiva não suscita o enriquecimento sem causa. Com efeito, a real efetividade do valor do desestímulo somente poderá ser evidenciada, em conformidade com todo o exposto neste trabalho, quando ao demandado for imposta condenação capaz de gerar concreto arrependimento. Daí é que a menção ao art. 884 do Código Civil

para limitar o *quantum* do dano punitivo deve ser feita com cautela, de modo a não impedir que cumpra suas finalidades, quais sejam, punir o réu e prevenir comportamentos análogos por outros potenciais ofensores.

Cumpra gizar que o arbitramento de valores expressivos decorre da atuação dolosa ou gravemente culposa do agente, elementos que devem ser apurados caso a caso, indispensáveis para que a teoria do valor do desestímulo seja aplicada, de modo a inviabilizar que as pessoas que sofrerem danos leves, decorrentes de condutas não gravosas, procurem o Poder Judiciário para buscar, na condenação por dano moral, o recebimento de uma quantia maior, advinda da atribuição de uma punição ao ofensor. Caso assim não o seja, estar-se-á evidentemente fomentando a indústria do dano moral.

Porém, em recente aresto proferido pelo STJ, nos autos de Recurso Especial 1.406.245 – SP, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, adotou-se, por unanimidade, entendimento desfavorável à aplicação da indenização punitiva em espécie em razão da inexistência de compatibilidade do instituto – originário de ordenamento jurídico estrangeiro – com o direito interno, mormente por causa: (i) da ausência de disposição legal que o fundamente; (ii) da possibilidade na legislação material civil apenas de reduzir-se o *quantum* indenizatório em caso de notória desproporção entre o dano e a culpa do agente, e não de majorá-lo (art. 944, parágrafo único, do Código Civil); (iii) do enriquecimento indevido em prol da vítima; e (iv) do desvirtuamento da real natureza da indenização pecuniária, que tem como objetivo primário a compensação do lesado (e não a punição do ofensor).

Em que pese o novel posicionamento do STJ ser contrário aos *punitive damages*, ressaltou-se com precisão a diferença entre a indenização punitiva (vista como um elemento isolado) e os aspectos sancionatório e desestimulador inerentes à indenização por danos morais, ocasião em que se reconheceu a possibilidade de os magistrados elevarem o valor indenizatório não por meio da fixação de um *quantum* autônomo, separado dos danos extrapatrimoniais, mas por intermédio da majoração da quantia que a esses diz respeito, impondo-se, ainda que de maneira indireta e secundária, uma espécie de sanção ao agente.

Vejam-se alguns pontos do acórdão:

Realmente, não parece adequado ao sentido jurídico a associação do dano moral a qualquer prejuízo economicamente incalculável ou com um caráter de mera punição. Aliás, proclama o art. 944 do CC que a indenização mede-se pela extensão do dano. [...] Por certo, em contexto no qual houve constatação de lesão a direito da personalidade (agressão física), este Colegiado já teve a oportunidade de salientar o caráter dissuasório e compensatório dos danos morais, assentando que, “sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, mediante emprego de reprovável violência física, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, sem perder de vista a vedação do enriquecimento sem causa da vítima” (REsp 839.923/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15.05.2012, DJe 21.05.2012). [...] Conquanto reconheça que a responsabilidade civil – sobretudo nos campos dos direitos imateriais – tenha sido utilizada como elemento dissuasório em vista de sua dimensão patrimonial, entendo que esse efeito colateral não pode ser desvirtuado para que ao fim se converta no objetivo primordial do instituto. Dessa forma, a suposta punição do agente causador do dano somente pode ser admitida como mera consequência da função compensatória, na distinção feita pela doutrina com o uso das expressões “função punitiva” e “indenização punitiva”. Importante, todavia, esclarecer que os *punitive damages*, de aplicação vedada em nosso ordenamento, não se confundem com função punitiva do dano moral, esta sim possível, quando constituir parte integrante da extensão do dano [...]. Não é outro o escólio de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler: “Não nos deixemos atraparalhar pela mera evocação semântica, confundindo a expressão *punitive damages* (designativa de um determinado instituto jurídico) com caráter punitivo associado à indenização do dano extrapatrimonial”. No mesmo sentido a lição de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: “Essa ênfase à função punitiva da indenização por dano extrapatrimonial deve ser feita com cautela para não ensejar confusões com a indenização punitiva (*punitive damages*), que,

conforme já analisado, é um instituto típico da família do Common Law”. Dessa maneira, efetivada a devida distinção entre os institutos, faz-se possível concluir que: 1. Os *punitive damages* são vedados em nosso sistema jurídico, que não se coaduna com esta espécie de pena privada; 2. A função punitiva do dano moral pode se manifestar no arbitramento do dano moral, não em todos os casos, mas sempre que a conduta do ofensor importar em maior extensão do dano, i.e., em todos os casos em que a punição estiver diretamente ligada à função compensatória.» (SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. O dano moral e sua problemática: quantificação, função punitiva e os “punitive damages”. In: Revista de Direito Privado [RDPriv], v. 15, n. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 195/214. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/83403>. Acesso em: 02 nov. 2020). Tem-se, portanto, que o viés punitivo somente deve ser admitido em caráter secundário, prestigiando-se o verdadeiro escopo da indenização que é compensar o ofendido pelos prejuízos imateriais que suportou. Nesse sentido, observo que o poder disciplinar compete privativamente ao Estado, que no campo administrativo exerce-o por meio de seus órgãos e instituições, sobretudo em sua função executiva. A finalidade precipuamente repressiva (ou pedagógica) da indenização por danos morais encontra fundamento na linha de ideia própria de ordenamentos jurídicos com características diversas do brasileiro, qual seja a doutrina dos *punitive damages*, largamente utilizada nos Estados Unidos da América e que mesmo por lá rende frequentes críticas em razão do exagero com que é aplicada. Trata-se, com efeito, de uma concepção de responsabilidade civil própria dos países que adotam o sistema da *common law*, encontrando suas raízes em uma organização social tradicionalmente distinta das concepções nativas do direito romano, que inspira nosso ordenamento jurídico. (Recurso Especial 1.406.245 – SP, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Data de Julgamento: 24.11.2020, Data de Publicação: 10.02.2021).

Passa-se à análise do entendimento dos tribunais de segunda instância.

Com efeito, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná vem adotando os *vindictive damages* em determinadas ocasiões. Cite-se, como exemplo, o julgamento da Apelação Cível 0048677-08.2017.8.16.0014, referente à inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, em que a condenação por dano moral foi majorada de R\$ 3.000 para R\$ 10.000, com base na teoria do valor do desestímulo:

Apelação Cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais julgada procedente. Recurso o autor. Pretensão de majoração da verba indenizatória acolhida parcialmente. Inscrição indevida do nome do autor em cadastros de proteção ao crédito. Dano *in re ipsa*. Manutenção da verba honorária sucumbencial. Recurso conhecido e parcialmente provido. 1. A tendência moderna, ademais, é a aplicação do binômio punição e compreensão, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo (caráter punitivo da sanção pecuniária) juntamente com a teoria da compensação, visando (*sic*) destinar à vítima uma soma que compense o dano moral sofrido. [...] 2. Recurso conhecido e parcialmente provido. [...] Destarte, o *quantum* indenizatório arbitrado na sentença não é suficiente se considerado o dissabor experimentado pelo autor/apelante após a injusta inserção de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito em razão de um débito inexistente e que, portanto, não tinha a obrigação de inadimplir. No mais, como se sabe, a indenização fixada a título de danos morais deve ser expressiva, de forma a compensar a vítima pelo prejuízo sofrido e, de outro, desestimular o praticante do ilícito – daí também o caráter punitivo da sanção pecuniária (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível: 00486770820178160014, Relator: Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza, 12ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 06.09.2018, Data de Publicação: 11.09.2018).

Em primeira análise, percebe-se que não houve na decisão do TJPR uma satisfatória distinção entre o caráter pedagógico-punitivo do dano moral e a indenização punitiva – o que se aduz com a máxima *vênia* –, que há de incidir nas condenações por danos morais como uma espécie de pena, somada à quantia conferida à vítima em decorrência das fun-

ções que o dano moral regularmente desempenha. Além disso, ao que tudo indica, a mera inscrição indevida em cadastros de inadimplentes não decorre de dolo ou culpa grave. Aparenta, ao revés, que essas ilicitudes advêm de simples desorganização administrativa, insuficiente para a prevalência da teoria do valor do desestímulo⁶.

Nessa mesma seara, o aludido tribunal faz o uso do instituto dos *punitive damages* em casos de responsabilidade objetiva, sem a apuração do dolo ou da culpa grave do agente. Contudo, viu-se que o dano punitivo apenas pode subsistir quando efetivamente presente o elemento subjetivo da atuação do transgressor.

Sobre a aplicação do instituto aos casos de responsabilidade objetiva, especialmente aos de inscrições indevidas em cadastros de inadimplentes, confira-se excertos do seguinte aresto:

Apelação cível. Ação ordinária de nulidade de negócio jurídico c/c danos morais. Sentença de parcial procedência. Apelo da instituição financeira ré. Necessidade de conferência da documentação e da idoneidade das informações recebidas. Responsabilidade objetiva da instituição financeira. Súmula 479 do STJ. Ato ilícito praticado. existência de diversos financiamentos fraudulentos em nome do autor. Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Dano moral configurado. Situação que ultrapassa o mero dissabor. *Quantum* indenizatório mantido. [...] Sobre o tema, a lição de Rui Stocco: “A tendência moderna, ademais, é a aplicação do binômio punição e compensação, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo (caráter punitivo da sanção pecuniária) juntamente com a teoria da compensação, visando (*sic*) destinar à vítima uma soma que compense o dano moral sofrido. [...] Obtemperem-se, ainda, que estes são os pilares ou vigas mestras, mas não toda a estrutura. [...] É o que se colhe em Caio Mário da Silva Pereira, ao observar: ‘[...] O ofendido deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo Juiz, atendendo às circunstâncias pessoais de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva’ (Responsabilidade Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense,

1992, n. 49, p. 60).” (STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, págs. 1707/1708). Diante de tais considerações, o Magistrado deve analisar vários critérios para a definição do valor da indenização, de forma que não se constitua em fator de enriquecimento indevido, tampouco seja irrisório, de modo a não servir para o fim a que se destina, ou ineficaz, no sentido de prevenir que novas condutas sejam realizadas pelo ofensor (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível: 0006909-88.2010.8.16.0001, Relator: Desembargador Espedito Reis do Amaral, 18ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 05.10.2020, Data de Publicação: 05.10.2020).

Extrai-se, assim, que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná aplica a indenização punitiva em situações nas quais os indispensáveis requisitos subjetivos, então objetos de minuciosa análise no decorrer deste artigo, não estão presentes.

Não obstante, faz-se necessário notar que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná devidamente repele a indenização punitiva quando da inexistência de um dano concreto, haja vista ser um pressuposto para a responsabilidade civil no Brasil, em harmonia com o entendimento doutrinário exposto no tópico voltado à demonstração dos requisitos para o emprego do instituto no país. Vejam-se trechos do julgamento da Apelação Cível 1.665.306-8:

Ação de indenização por danos morais. Sentença de improcedência do pedido inicial. Apelação cível interposta pela autora. Preliminar de contrarrazões. afronta ao princípio da dialeticidade. Não ocorrência. Razões recursais que atacam o comando sentencial. Vício no produto. Refrigerante impróprio ao consumo. Presença de papel de bala no interior da garrafa. Produto que não foi ingerido. Inexistência de danos morais. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. [...] Quanto ao primeiro aspecto analisado, como não houve o reconhecimento da existência de danos morais, não é possível a aplicação da “teoria do valor do desestímulo” para quantificar os danos extrapatrimoniais. Já no campo dos direitos coletivos, é imprescindível a comprovação do alto grau de reprovabilidade da conduta, por meio

da constatação do dolo ou culpa grave do agente, o que não restou demonstrado no presente caso (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível: 16653068, Relator: Desembargador Guilherme Freire de Barros Teixeira, 10ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 25.05.2017, Data de Publicação: 12.07.2017).

Não se pode ignorar que uma parcela dos julgadores do tribunal em questão é desfavorável à indenização punitiva por entender pela incompatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico pátrio, pautando-se na premissa de que a função de compensar o lesado seria a única possível de ser desempenhada pelo Estado quando o assunto for condenação por dano moral, não havendo que se falar, de acordo com tal concepção, em pena no direito civil (assunto que já foi objeto de enfrentamento no presente trabalho). Veja-se:

Apelação cível – Ação de indenização por danos materiais e morais – Falhas na prestação de serviço aéreo internacional – Atraso de dois voos, totalizando cerca de 41 horas – Insurgência da autora para majoração da indenização por danos morais – Não acolhimento – Aplicação da Convenção de Montreal às ações decorrentes de transporte aéreo internacional – Tese firmada pelo STF em sede de repercussão geral – Tratado que, embora não preveja parâmetro máximo para o valor de danos morais, estabelece que nenhuma indenização poderá ter caráter punitivo – Orientação já adotada anteriormente por este relator [...] Nesse sentido, ousou afirmar que os partidários da teoria do valor do desestímulo, que prega a necessidade de vingança e/ou de punição, por meio de indenizações por dano moral, como prática salutar de combate à impunidade, equivocam-se na base de seu raciocínio, pois a ausência da titularidade do direito, então invocado, retira tal possibilidade. Ora, por definição constitucional, o direito de punir não é do particular. É do Estado. Não sendo legítima a indenização dada com assento em tal base. [...] (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível: 00812954020168160014, Relator: Desembargador Francisco Luiz Macedo Junior, 9ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 30.08.2018, Data de Publicação: 31.08.2018).

No mesmo sentido, posicionou-se o referido tribunal no julgamento da Apelação Cível 0024275-41.2014.8.16.0021, na qual asseverou que a indenização apenas poderia desempenhar as funções pedagógica e compensatória, inadmitindo-se a imposição de uma indenização estritamente punitiva na esfera civilista; a saber:

Apelação cível. Ação de resolução de contrato cumulada com indenização por danos morais e materiais. Vício oculto em veículo. Sentença de procedência. Insurgência da parte ré [...] Com relação ao *quantum debeatur*, a despeito de a sentença fundamentar a condenação em danos morais com base na teoria *punitive damages*, convém salientar que os danos morais estritamente punitivos não têm respaldo no nosso ordenamento, de sorte que apenas a quantificação está pautada na função pedagógica da indenização, ao lado da função compensatória. [...] (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível: 0024275-41.2014.8.16.0021, Relator: Juiz Carlos Henrique Licheski Klein, 18ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 20.04.2020, Data de Publicação: 22.04.2020).

Verifica-se a ausência de pacificação sobre o assunto no âmbito desse tribunal de justiça, já que parte de seus julgadores consagra a teoria do valor do desestímulo, ao passo que outra parte a reprovava mediante argumentos voltados a demonstrar sua suposta incompatibilidade com o sistema jurídico adotado pelo Brasil.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por seu turno, aparentemente tem respeitado a autonomia inerente ao instituto por intermédio da distinção entre a indenização por danos morais, que certamente se afasta da noção de pena privada, e a indenização punitiva, aplicando-a isoladamente às condenações por danos extrapatrimoniais, conforme se observa:

Apelação cível. Ação de reparação de danos morais e materiais, estes consubstanciados nos aluguéis a que o autor deixou de auferir pelo tempo em que a ré esteve na posse do imóvel. Sentença de parcial procedência. Prescrição da pretensão relativa aos aluguéis anteriores a três anos do ajuizamento da ação. Recurso das partes. [...] Danos mo-

rais. Pedido de majoração. Ré que agiu dolosamente. Caráter punitivo que deve ser reconhecido (*punitive damages*). Majoração devida. [...] O dano moral sempre é um tema controvertido, não só quanto aos seus limites, como também quanto à quantificação da indenização. Uma coisa é certa, dano moral e punição são noções absolutamente distintas. A doutrina do caráter pedagógico punitivo é importada do direito anglo-saxão, onde é conhecida por *punitive damages*. Naquele sistema da *common law*, a indenização punitiva cabe apenas em hipóteses muito específicas e restritas, e exige sempre a presença de dolo, malícia, fraude ou outra conduta especialmente grave. Não há nenhuma possibilidade de aplicar caráter pedagógico punitivo em condutas decorrentes de mera culpa. Em tais hipóteses, para fixação da reparação civil, cumpre sopesar a natureza compensatória do instituto, alusiva ao princípio da *restitutio in integro* (equivalente, aproximadamente, ao *compensatory damages*). Assim, à recomposição dos prejuízos suportados pelo autor e à punição imposta ao autor do ato ilícito (repita-se, doloso) revela-se suficiente o importe de R\$35.000,00, considerando R\$20.000,00 em razão do primeiro aspecto (reparatório) e R\$15.000,00 do segundo (*punitive damages*). Referida monta atende ao preceito da reparação integral e aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, mostrando-se pertinente para penalizar o causador do dano e desestimular a reiteração de condutas semelhantes. [...] (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível: 0005621-21.2013.8.24.0020, Relator: Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, 4ª Câmara de Direito Civil, Data de Julgamento: 12.12.2019, Data de Publicação: 17.12.2019).

O aresto supratranscrito refere-se a um caso de esbulho possessório com a privação da posse do autor sobre o seu imóvel pelo período de dez anos, o que ensejou a majoração da condenação por danos morais de R\$ 20.000 para R\$ 35.000, fixando-se, separadamente, R\$ 20.000 a título de compensação ao lesado e R\$ 15.000 a título de *punitive damages*.

Evidencia-se, pois, que a correta diferenciação entre as funções do dano moral e a indenização punitiva permite a fixação de valores indenizatórios mais elevados, fazendo jus às finalidades que a punição deve

cumprir na esfera civil, e ao mesmo tempo obedecendo à disposição do art. 884 do Código Civil, visto que, reitere-se, a gravidade das condutas e os danos impingidos às vítimas nas situações que despertam a incidência da respectiva penalidade fundamentam valores maiores do que os fixados pura e simplesmente a título de danos morais, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

De igual sorte, a jurisprudência do TJSC admite a indenização punitiva apenas quando apurado o dolo ou a culpa grave do ofensor, afastando os *punitive damages* nas hipóteses de responsabilidade objetiva ou de simples culpa do agente; confira-se:

Telefonia – Chip encaminhado a pessoa falecida – Inscrição em cadastro de inadimplentes – Revelia substancial – Procedência da ação – Condenação em danos morais de R\$ 10 mil e R\$ 10 mil a título de *punitive damages* – Recurso – Provimento parcial para excluir a parcela relativa aos danos punitivos por inadequação às situações de mero descontrole administrativo. Os *punitive damages* são instituto oriundo do direito anglo-saxão, e são aplicáveis unicamente nas hipóteses de dolo, fraude, malícia, ou culpa grave. Não é possível utilizar o correspondente caráter pedagógico-punitivo, nele inspirado, em situações de mera desorganização administrativa, como costuma ocorrer nos casos de telefonia celular, salvo prova em contrário. Se o *quantum* da indenização considera expressamente esse caráter punitivo do dano moral em situações nas quais ele não incide, deve haver a necessária redução do valor arbitrado. [...] Desta forma, excludo da indenização a parcela relativa aos *punitive damages*, para reduzir a indenização por dano moral a R\$ 10.000,00, com os demais consectários da sentença (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível: 0003430-33.2014.8.24.0031, Relator: Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, 4ª Câmara de Direito Civil, Data de Julgamento: 13.06.2019, Data de Publicação: 24.06.2019). [...] Necessária separação entre os conceitos de reparação de dano e *punitive damages*. Dolo verificado na conduta da ré. Aspecto punitivo incidente na hipótese. Imperiosa redução, no entanto, do *quantum* fixado. A reparação de danos morais, quando o evento danoso

foi causado por dolo ou malícia, pode ser acrescida de um *quantum* com objetivo sancionador e dissuasório (*punitive damages*), o que é inviável nas hipóteses em que o dano decorreu de conduta meramente culposa. [...] (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível: 0503568-16.2013.8.24.0018, Relator: Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, Data de Julgamento: 24.01.2019, Data de Publicação: 24.01.2019).

Conquanto o entendimento majoritário do TJSC seja no sentido de adotar a indenização punitiva quando presentes os correspondentes requisitos, frise-se que uma parcela (ainda que minoritária) desse tribunal entende que a aplicação dos *punitive damages* não encontra refúgio no ordenamento jurídico brasileiro, ao fundamento de que tal instituto não cumpre com a função de exemplaridade que dele se espera, tendo em vista as diversas ações de natureza semelhante que assolam o Poder Judiciário:

Apelação cível. Ação de indenização por dano moral. Inscrição indevida no cadastro de proteção ao crédito. Contratação realizada em nome do autor. Pretensão de aplicação do disposto no art. 14, II, § 3º, do CDC, afastada. Culpa exclusiva de terceiro não comprovada. Falta de cautela da apelante quando da contratação. Dano moral presumido. Dever de indenizar. Pleito de redução do *quantum* indenizatório. Possibilidade. Observância aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes. “Em ações de reparação de dano moral meramente presumido por inscrição indevida, a indenização há de ser fixada com parcimônia, observando-se, de forma escrupulosa, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, porque é notório que a agregação de um *plus* a título de *punitive damages* não cumpre a sua função de exemplaridade e de prevenir condutas semelhantes, do que dão testemunho a incontáveis ações similares que assoberbam o Judiciário. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível: 0003430-79.2008.8.24.0019, Rela-

tor: Desembargador Álvaro Luiz Pereira De Andrade, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, Data de Julgamento: 25.10.2018, Data de Publicação: 25.10.2018).

A linha de intelecção seguida por essa parte da jurisprudência é atraente, na medida em que se atrela a um suposto fato – traduzido na repetição de ações judiciais semelhantes – para concluir que a utilização dos *exemplary damages* seria ineficaz, deixando de cumprir com a função de desestímulo esperada do instituto.

Entretanto, infere-se sem grandes dificuldades que a legitimação desse entendimento coadunar-se-ia com a eleição de uma justificativa para evitar a punição daqueles que efetivamente merecem ser sancionados em razão das gravidades de suas condutas. Deveras, evitar a punição daqueles que atuam de maneira grave é o que suscitará a repetição, ainda maior do que a já existente, de demandas indenizatórias por condutas ilícitas análogas.

Inobstante o emprego do valor do desestímulo não ser pacífico na jurisprudência, mormente em atenção ao recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vê-se, em contrapartida, que em todos os tribunais pesquisados foram localizados julgados que reconheceram a compatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico pátrio, persistindo, no entanto, inconsistências pontuais no tocante à diferenciação entre as funções do dano moral e a indenização punitiva, assim como em relação aos requisitos subjetivos primordiais à aplicação desta no direito brasileiro.

8. Parâmetros para a fixação do *quantum* indenizatório

Faz-se necessário realizar análise pontual acerca dos elementos a serem observados pelos juízes para o arbitramento do *quantum* da indenização punitiva, nos casos em que for aplicada.

Segundo André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 167), não se pode perder de vista que a sanção pecuniária se difere da tradicional indenização compensatória, pelo que os critérios para a apuração do seu montante devem ser embasados tão somente em suas finalidades: punir o réu e prevenir novas infrações da mesma espécie.

Desse modo, a limitação do valor do dano punitivo perfectibiliza-se por meio da consecução dos seus objetivos, isto é, o importe indenizatório não deve ultrapassar a quantia apta a censurar o agente e a desencorajar as pessoas a repetirem a ilicitude. Com efeito, o que se verifica é que o *quantum dos exemplary damages* não pode exceder o necessário para que o instituto cumpra com as suas finalidades. Nesse diapasão, o citado autor elenca os seguintes parâmetros para a fixação do valor da indenização punitiva: a gravidade da culpa ou a intensidade do dolo do ofensor; a gravidade ou extensão do prejuízo; as condições econômicas do agente; bem como o lucro porventura obtido pelo réu com a consumação da ilicitude (ANDRADE, 2006, p. 167).

Salienta o mesmo autor ainda que a operação para se chegar ao aludido *quantum* deve ser feita separadamente da operação destinada à apuração da quantia compensatória, permitindo que os critérios sejam analisados com perspicuidade, a fim de que haja efetivo controle sobre a valoração feita pelo magistrado (ANDRADE, 2006, p. 168).

Como se pode notar, é essencialmente desse critério que considerável parte dos precedentes se dissocia, tendo em vista que geralmente o montante do dano punitivo é definido em conjunto com o da indenização compensatória (*compensatory damages*), ensejando a confusão entre os institutos. É primordial, portanto, que os *punitive damages* resultem em um valor único e isolado por se tratarem de verdadeira pena privada, que não se confunde com qualquer outra espécie de indenização.

De outro vértice, Andrade (2009, p. 303) ressalta que a condição socioeconômica da vítima não deve ser observada para a apuração do valor da indenização sancionatória, ao argumento de que não contribuiria para o alcance das suas finalidades punitiva e preventiva, como também consubstanciar-se-ia em critério de discriminação, porque garantiria valores mais expressivos para as vítimas com maior poder econômico. Assevera que apenas ao contribuir para a averiguação da intensidade do dolo do réu é que tal condição deve ser verificada, em idênticos parâmetros aos seguidos para a mensuração da quantia punitiva no sistema da *common law* (ANDRADE, 2006, p. 304-305).

Contudo, não se pode olvidar que o art. 884 do Código Civil proíbe condenações desarrazoadas, incompatíveis com o grau de culpa do

demandado e com o dano suportado pela vítima. Por esse motivo é que as funções de punir e de desestimular inerentes à indenização punitiva encontram limitação na legislação nacional. Ou seja, essa indenização deve, por óbvio, ser capaz de sancionar o agente, em que a causa para tal punição advém da conduta reprovável do réu, mas é certo também que os valores dela provenientes não podem ser excessivos de tal sorte que afrontem o preceito constante no mencionado dispositivo.

Nesse sentido, insta registrar, por derradeiro, e em conformidade com o raciocínio até aqui desenvolvido, que não se refuta o exposto posicionamento de Gustavo Corrêa de Andrade, segundo o qual a quantia imposta a título de *punitive damages* deve restringir-se ao necessário para que atinjam seus propósitos. Mas vale frisar, em complemento, que essa punição deve guardar relação com a ilicitude e com o prejuízo causado ao ofendido. Daí é que se extrai que a análise ao disposto no art. 884 do Código Civil há de ser realizada com extremo cuidado, para que se impeça o arbitramento de condenações astronômicas e, ao mesmo tempo, para que se garanta a efetividade da compensação punitiva.

Conclusão

Não obstante existirem posicionamentos contrários, inclusive o exarado pelo Superior Tribunal de Justiça em recente julgamento, é de fato atraente o entendimento de que a indenização punitiva se coaduna com o ordenamento jurídico vigente no Brasil, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade consagrados na Constituição Federal, que suprem a ausência de expressa previsão do instituto na legislação infraconstitucional. Trata-se, com efeito, de uma forma de tutela dos direitos fundamentais previstos na magna carta, contra os quais não se tolera o empreendimento de quaisquer ofensas, ainda mais aquelas consideradas gravosas e altamente reprováveis, ocasiões nas quais o instituto terá cabimento.

Nesse seguimento, conclui-se também que os *punitive damages* apenas devem ser adotados nas hipóteses em que estiverem efetivamente presentes os requisitos indispensáveis à sua aplicação, tanto os de cará-

ter objetivo quanto os de natureza subjetiva, bem como não podem ser confundidos com as funções que o dano moral exerce por natureza, sob pena de desvincular o instituto da sua verdadeira essência, que consiste em uma concreta punição àqueles que violarem direitos alheios de maneira visivelmente grave, mediante o emprego de dolo ou culpa gravosa.

Um último ponto que merece arremate é que o dano punitivo, em consonância com todo o exposto neste artigo, não pode ser empregado no Brasil nos mesmos moldes do sistema da *common law*. A uma, porque não há que se falar em indenização punitiva para os danos materiais. A duas, porque o art. 884 do Código Civil veda indenizações estratosféricas e desarmoniosas com a conduta do agente e com a lesão produzida. Porém, como dito, a menção ao referido dispositivo para limitar o *quantum* punitivo deve ser feita com cautela e parcimônia, de modo a evitar que as finalidades do instituto sejam desvirtuadas.

Notas

1. Gregory Ibrahim Malfatti. Graduado em Direito pela PUC-PR. Advogado.
2. Luiz Gustavo Thadeo Braga. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2001). Mestre em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba. A pesquisa desenvolveu-se no setor da regulação do transporte aéreo doméstico de passageiros, sob o ponto de vista da atuação da agência reguladora para desenvolvimento da competitividade e fomento da sustentabilidade empresarial. Atualmente, é professor dos cursos de direito do Centro Universitário Dom Bosco e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor convidado do curso de especialização em direito processual civil da FAE. Coordenador do curso de pós-graduação em direito processual civil do UniDom-Bosco. Advogado militante.
3. REINO UNIDO. Court Of Justice. *Huckle vs. Money*. Relator: Lord Chief Justice. Data do Julgamento: 6 dez. 1763. Disponível em: <https://bit.ly/3JsPZp6> Acesso em: 10 set. 2020.
4. REINO UNIDO. Court Of Common Pleas. *Wilkes vs. Wood*. Relator: Lord Chief Justice Pratt. Data do Julgamento: 6 dez. 1763. Disponível em: <https://bit.ly/3gKG5mt> Acesso em: 10 set. 2020.
5. No original: “The majority of American jurisdictions do not allow punitive damages for breach of contract unless the breach constitutes an independent tort.” Cf.: DODGE, William S. The case for punitive damages in contracts. *Duke Law Journal*, Durham, v. 48, n. 4, 629-699, 1999, p. 629. Disponível em: <https://bit.ly/3sI5F0Y> Acesso em: 12 set. 2020.

6. Assim já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, afastando-se os *punitive damages* para a hipótese de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Cf.: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível: 00106464920128240020*, Relator: Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, 4ª Câmara de Direito Civil. Data de Julgamento: 13.06.2019. Data de Publicação: 24.06.2019.

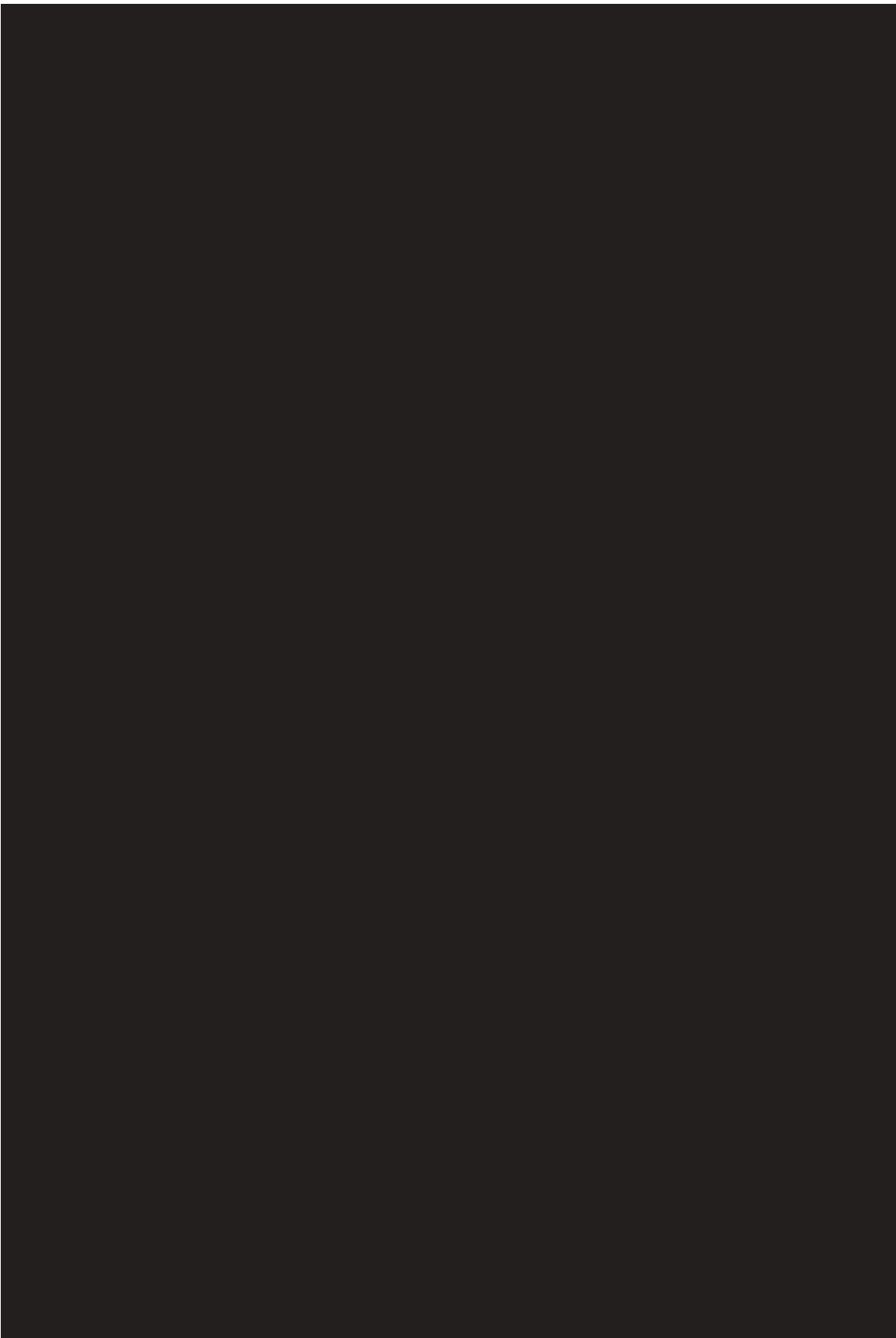
Referências

- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. *Revista da Emerj*, v. 9, n. 36, 135-168, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3JsrYa> Acesso em: 15 set. 2020.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência da Common Law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BELL, Griffin B.; PEARCE, Perry E. Punitive Damages and the Tort System. *University of Richmond Law Review*, v. 22, 190-222, mar. 1987. Disponível em: <https://bit.ly/3rOybz1> Acesso em: 12 set. 2020.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages: critérios à aplicação no direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, 190-222, mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3BhjbK> Acesso em: 12 set. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 401.358 – PR*, Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF da 1ª Região), 4ª Turma, Data de Julgamento: 05.03.2009, Data de Publicação: 16.03.2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.406.245 – SP*, Relator: Ministro Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Data de Julgamento: 24.11.2020, Data de Publicação: 10.02.2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível: 00106464920128240020*, Relator: Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, 4ª Câmara de Direito Civil, Data de Julgamento: 13.06.2019, Data de Publicação: 24.06.2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível: 0005621-21.2013.8.24.0020*, Relator: Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, 4ª Câmara de Direito Civil, Data de Julgamento: 12.12.2019, Data de Publicação: 17.12.2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível: 0003430-33.2014.8.24.0031*, Relator: Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, 4ª Câmara de Direito Civil, Data de Julgamento: 13.06.2019, Data de Publicação: 24.06.2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível: 0503568-16.2013.8.24.0018*, Relator: Desembargador Helio David Vieira Figueira dos San-

- tos, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, Data de Julgamento: 24.01.2019, Data de Publicação: 24.01.2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível: 0003430-79.2008.8.24.0019*, Relator: Desembargador Álvaro Luiz Pereira De Andrade, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, Data de Julgamento: 25.10.2018, Data de Publicação: 25.10.2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível: 00486770820178160014*, Relator: Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza, 12ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 06.09.2018, Data de Publicação: 11.09.2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível: 0006909-88.2010.8.16.0001*, Relator: Desembargador Espedito Reis do Amaral, 18ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 05.10.2020, Data de Publicação: 05.10.2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível: 0016615-51.2017.8.16.0001*, Relator: Desembargador Espedito Reis do Amaral, 18ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 09.03.2020, Data de Publicação: 07.04.2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível: 16653068*, Relator: Desembargador Guilherme Freire de Barros Teixeira, 10ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 25.05.2017, Data de Publicação: 12.07.2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível: 00812954020168160014*, Relator: Desembargador Francisco Luiz Macedo Junior, 9ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 30.08.2018, Data de Publicação: 31.08.2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível: 0024275-41.2014.8.16.0021*, Relator: Juiz Carlos Henrique Licheski Klein, 18ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 20.04.2020, Data de Publicação: 22.04.2020.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010.
- DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. Teoria e Prática: Teoria do Valor do Desestímulo. 3. ed., rev., atual. e ampl. Leme: JH Mizuno, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. “Punitive Damages” do “Common Law” nas indenizações por dano extrapatrimonial causado a consumidor: uma possibilidade jurídica no direito brasileiro. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, Salvador, v. 4, n. 1, 78-110, jan. jun., 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3gJczxp> Acesso em: 15 de set. 2020.
- DODGE, William S. The case for punitive damages in contracts. *Duke Law Journal*, Durham, v. 48, n. 4, 629-699, 1999. Disponível em: <https://bit.ly/3GNK38y> Acesso em: 12 set. 2020.
- GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive damages no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 964, 191-214, fev., 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3sDMAx8> Acesso em: 12 set. 2020.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 211-218, jul./set., 2004.

- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n. 28. Brasília, 15-32, jan./mar., 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4526827/mod_resource/content/0/Usos%20e%20abusos%20da%20fun%C3%A7%C3%A3o%20punitiva%20-%20Judith%20e%20Mariana%20Pargendler-%20pp.%2001-11.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 22.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OWEN, David. Punitive Damages in Products Liability Litigation. *Michigan Law Review*, [S. l.], n. 6, v. 74, 1257-1371, 1976. Disponível em: <https://bit.ly/362DI6t> Acesso em: 10 set. 2020.
- PRIEST, George L. The problem and efforts to understand it. In: SUNSTEIN, Cass R. *Punitive Damages: how juries decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2003. Chapter 1. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=Ta_ESiDjrfEC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=true. Acesso em: 12 set. 2020.
- REINO UNIDO. Court Of Common Pleas. *Wilkes v. Wood*. Relator: Lord Chief Justice Pratt. Data do Julgamento: 6 de dez. de 1763. Disponível em: <https://bit.ly/3gKG5mt> Acesso em: 10 set. 2020.
- REINO UNIDO. Court Of Justice. *Huckle v. Money*. Relator: Lord Chief Justice. Data do Julgamento: 6 de dez. de 1763. Disponível em: <https://bit.ly/3Bk8BVy> Acesso em: 10 set. 2020.
- RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. 387 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) Orientador: Alcides Tomasetti Junior. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: GALDINO, Flavio; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- WILCOX, Vanessa. Punitive Damages in England. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (ed.). *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Wien, Springer, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3GPSgJs> Acesso em: 12 set. 2020.

EM
DESTAQUE



Discurso de posse ao Des. Luiz Eduardo Gunther em face da posse perante a APLJ – Academia Paranaense de Letras Jurídicas

Clayton Reis¹

Magistrado em Segundo Grau, aposentado, do TJPR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR Des. CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, digníssimo Presidente da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.

Estimadas congreiras e confrades.

Excelentíssimas autoridades e professores presentes.

Senhoras e senhores.

Coube-me a honrosa distinção de saudar o nosso novo confrade na pessoa do Des. LUIZ EDUARDO GUNTHER, que passa a ocupar a Cadeira n. 23, anteriormente preenchida pelo saudoso e inesquecível acadêmico Doutor RENÉ ARIEL DOTTI.

Ao saudar o novo acadêmico, não podemos nos olvidar de saudar a pessoa do sucedido. Assim, peço licença aos distintos confrades para denominá-lo como HOMEM-HERÓI. O Doutor René Ariel Dotti jamais vacilou na intransigente e corajosa defesa dos seus clientes, em momentos marcantes na história do Brasil e na construção dos nossos valores democráticos. Adotou, de forma determinada, o princípio de IHERING², que proclamou: “*A paz é o fim de que o Direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir*”. Nessa trajetória de enfrentamentos incessantes, jamais perdeu a sua elegância, coragem, inteligência e cultura invulgar, qualidades inerentes dos espíritos nobres.

Dotti não titubeou perante seus ideais. Sua conduta foi digna! ***“Sabia exatamente que o direito não é uma pura teoria, mas uma força viva”***³, segundo assinalado igualmente por IHERING. Seu procedimento nas lides forenses era semelhante àquele descrito por Rudyard Kipling⁴, que em seu livro laureado **A LUZ QUE SE APAGOU** diz: ***“um ideal humano diante de si: estar sempre pronto para o apelo do dever e em seguida, quando chega o momento fixado, ir ao encontro de Deus como um soldado”***. A partida prematura e inesperada do nosso valioso confrade deixou-nos tristes e saudosos. O seu brilho transferiu-se para o lugar de onde viemos e para onde caminhamos. Seu exemplo de conduta pessoal, familiar, profissional e social não merece esquecimento, e sim lembranças contínuas.

Assim, pela sua pujança cultural e intelectual, o nosso imorredouro confrade Doutor René Ariel Dotti está e sempre estará entre nós. Posso dizer, com a devida vênias dos estimados confrades, que, neste momento, ele se rejubila com a sua substituição que hora se realiza, na pessoa do Des. Luiz Eduardo Gunther. Peço autorização ao senhor Presidente da Academia, bem como aos demais confrades, para consignar neste momento solene o registro do nosso apreço, consideração e homenagem ao ilustre acadêmico Professor Doutor René Ariel Dotti.

O confrade Luiz Eduardo Gunther é um paranaense por adoção. Há 67 anos nasceu na cidade de Concórdia, Santa Catarina. Estudou no internato paranaense dos irmãos Maristas em Curitiba, no Colégio Estadual do Paraná e na Escola de Contabilidade De Plácido e Silva. Graduou-se em Direito e em História na Universidade Federal do Paraná em 1977. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná em 2000 e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná em 2003, concluiu o curso de Pós-Doutor pela PUC-PR em 2015.

Por um período de 10 anos (1977-1987) Gunther advogou em sua cidade natal, onde exerceu o cargo de presidente da Subseção da OAB. No ano de 1987 foi aprovado em concurso público para ingresso na Magistratura do Trabalho, em primeiro lugar. Iniciou o exercício da sua atividade como juiz substituto do trabalho na cidade de Curitiba

e, posteriormente, foi juiz de direito titular nas comarcas de Londrina, Paranaguá e Curitiba. No ano de 1995 foi promovido para o cargo de desembargador do egrégio Tribunal do Trabalho da 9ª Região, onde atualmente é o decano.

Possui experiência em direito internacional do trabalho, direito sindical e coletivo do trabalho, tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial, crise da jurisdição: efetividade e plenitude institucional. É autor de diversas obras na área do direito do trabalho, além de poeta nas horas vagas, com diversos livros publicados. Gunther possui ainda seis cursos complementares perante a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região – TRT 13ª Região, bem como na ENAMAT – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho e na ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

Na sua atividade judicante, exerceu por dois mandatos consecutivos a presidência da AMATRA-9 – Associação dos Magistrados no Trabalho da 9ª Região, tendo sido igualmente eleito para a Academia Brasileira de Direito do Trabalho. E, atualmente, é membro associado do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná e do Centro de Letras do Paraná.

A partir de 1987 ingressou como professor no curso de direito na antiga e tradicional Faculdade de Direito de Curitiba. Hoje, pertence ao quadro de professores permanentes do Programa de Pós-Graduação em Direito do INSTITUTO ANIMA UNICURITIBA, nos cursos de mestrado e doutorado. Portanto, tem uma longa e brilhante trajetória de 34 anos dedicados à vida acadêmica, que contribuiu para a formação de inúmeros e conceituados profissionais do direito como advogados, professores e juízes que se encontram, presentemente,

Possui experiência em direito internacional do trabalho, direito sindical e coletivo do trabalho, tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial, crise da jurisdição: efetividade e plenitude institucional

no Tribunal de Justiça do Paraná, no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, no Tribunal Regional Federal da 4ª região e mesmo no Superior Tribunal de Justiça.

Sua produção acadêmica é vastíssima. É autor de inúmeras obras publicadas pelas Editoras Juruá, Instituto Memória e LTr, entre outras. Foi coordenador, juntamente com o prof. Marcelo Bueno Mendes, de uma coletânea de obras denominada de “Grandes Julgamentos da História”, com mais de vinte livros publicados, que foram prefaciados pelo confrade Doutor René Ariel Dotti e publicados pela Editora Juruá. Desde o ano de 2008 se encontra vinculado, como orientador, em vários e importantes projetos de pesquisas na área acadêmica sobre relevantes temas de direito do trabalho e direitos da personalidade.

É detentor de 24 prêmios e títulos de comenda. Possui 172 artigos publicados em diversos periódicos, 126 livros publicados/organizados e ou edições, 138 capítulos de livros publicados. Assina ainda 60 textos publicados em jornais de notícias e revistas. É detentor também de dezenas de apresentações, de trabalhos, entrevistas, programas e comentários em mídia. Participou de 156 bancas de mestrado e 26 de doutorado, e de 252 eventos como expositor e conferencista. Todos esses fatos e eventos indicativos se encontram registrados em seu vasto e rico currículo Lattes. É um dos professores do PPGD do ANIMA UNICURITBA que possui maior produção científica dentre os conceituados professores vinculados ao programa.

Seria fastidioso enumerar sua extensa produção científica complementar, presentes em seu currículo Lattes, que contém 55 páginas. O acadêmico Luiz Eduardo Gunther é um refinado cultor do direito e um dos mais esmerados pesquisadores da literatura jurídica no Brasil.

Mas o que distingue o acadêmico empossado não é apenas a sua invulgar cultura jurídica e intelectual. É a sua pessoa! Ele é um ser humano impregnado de dignidade e de humanismo. Declama Carlos Drummond de Andrade e Machado de Assis, entre outros poetas, com a sensibilidade que identifica os cultores da arte poética. O confrade Luiz Eduardo Gunther transita entre miríades de estrelas, sem se ofuscar com o brilho delas. Há em seu semblante, como especial-

mente em sua alma, aquela singeleza que caracteriza a presença da nobreza dos espíritos lúcidos e conscientes. Ele conhece a dimensão da vida humana e dos humanos que se encontram na vida.

Ele sabe, nas palavras de Will Durant⁵, em sua célebre obra *História da Filosofia*, publicada em 1948, que “a vida tem uma significação e o meu dia a dia é procurá-la, já o disse Browning. Tantas das nossas existências são destituídas de significação, não passam de oscilações e inutilidades autodestruidoras; lutamos com o caos em torno e do interior de nós, mas acreditamos, todo esse tempo, na existência de algo vital e significativo em nós, que descobriríamos se pudéssemos decifrar nossas próprias almas. A vida significa para nós transformar constantemente em luz e flamas tudo o que somos ou o que se nos depara”.

Nosso confrade Luiz Eduardo Gunther, perante a luz da eternidade, aprendeu como trilhar os caminhos da humildade, daquele que sabe e conhece o significado presente na lapidar frase de Pontes de Miranda⁶, em seu livro *O Problema Fundamental do Conhecimento*, publicado em 1937, que no prefácio proclamou: “Pensar certo é submeter-se. A partir do sentir, do perceber, da consciência e a acabar na sabedoria científica que é o máximo de liberdade ao real, às coisas, aos factos, dentro de si. Um subir que é um lento descer em duas profundidades: a do mergulho na realidade e a do domínio de si mesmo.”

Seu exemplo familiar é o testemunho vivo da grandeza da sua alma – escolheu ser pai de cinco filhos que o destino encaminhou para sua sábia, amorosa e dedicada tutela. Seu exemplo profissional é a prova incontestada da sua inteligência e competência no agir na direção do justo e da equidade. Sua docência é a felicidade da sua vida porque ele aprendeu que *é feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina*. Confrade Luiz Eduardo Gunther, os acadêmicos da Academia

Seu exemplo familiar é o testemunho vivo da grandeza da sua alma – escolheu ser pai de cinco filhos que o destino encaminhou para sua sábia, amorosa e dedicada tutela

Paranaense de Letras Jurídicas se rejubilam em acolher tão nobre, culta e digna pessoa! Sua escolha para ingressar em nosso quadro, através da aclamação por unanimidade dos presentes em nossa última assembleia, é o testemunho vivo do nosso desejo de tê-lo entre nós.

Não poderemos deixar de registrar sua conhecida capacidade de aglutinação, especialmente em épocas de construção de muros que nos isolam. Sua alteridade, importante e significativa nesse momento crítico por que passa a civilização, se encontra intimamente impreg-

O seu julgamento,
estimado confrade
Luiz Eduardo
Gunther, se
lastreia em seu
poder de sentir
e compreender
as dificuldades
presentes no
mundo relacional

nada à sua personalidade associativa. Ela compreende o significado da proclamação de Richard Tarnas⁷ que, no prefácio da sua obra *A Epopéia do Pensamento Ocidental* pontificou: “Toda época deve lembrar sua história sob novo ângulo. Cada geração deve examinar e repensar, sob uma perspectiva privilegiada própria, as ideias que moldaram sua compreensão do mundo. Nossa incumbência é fazer isto a partir da extraordinária e complexa perspectiva deste final do século XX.”

Estimado confrade Luiz Eduardo Gunther, sua relação com o outro decorre do seu entendimento e da sua profunda capacidade, a partir do sentir e do perceber o próximo. Sua sensibilidade no ato de julgar, seja nos procedimentos judiciais ou nos processos de avaliação do outro, decorrem do seu refinado juízo de valores sobre os fatos e sobre as pessoas.

Como ato conclusivo da nossa singela homenagem ao novo acadêmico, rememoro um dos célebres sermões do Padre Vieira⁸, que no parágrafo III do Sermão do Segundo Domingo do Advento profere o seu sermão dizendo: “Primeiramente, o juízo dos homens é mais temeroso que o juízo de Deus, porque Deus julga com o entendimento, os homens julgam com a vontade. Quando entre o entendimento de Deus e a vontade dos homens não houvera aquela infinita distância, bastava só a diferença que há entre vontade e entendimento para ser grande a desigualdade destes juízos. Quem julga com o entendimento,

pode julgar bem e pode julgar mal: quem julga com a vontade nunca pode julgar bem. A razão é muita clara. Porque quem julga com o entendimento, se entende mal, julga mal, se entende bem, julga bem. Porém, quem julga com a vontade, ou queira mal ou queira bem, sempre julga mal: se quer mal, julga como apaixonado; se quer bem, julga como cego. Ou a cegueira, ou a paixão: vede como julgará a vontade com tais adjuntos. No juízo divino não é assim: julga só o entendimento, e tal entendimento.”

O seu julgamento, estimado confrade Luiz Eduardo Gunther, se lastreia em seu poder de sentir e compreender as dificuldades presentes no mundo relacional. A partir do conhecimento da dimensão do outro, para ajustar seu ato de julgar, na conformidade da pessoa julgada, *sabidamente que o homem é a medida de todas as coisas*. Ao concluir nossos votos de excelente acolhimento ao novo integrante da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, manifesto, na certeza de expressar o sentimento de todos os noveis acadêmicos, que sua presença entre nós contribuirá para o enriquecimento cultural e intelectual da nossa refinada academia. Representa, igualmente, a mais esmerada escolha para substituir um dos mais expressivos acadêmicos na pessoa do nosso imorredouro Professor e Doutor René Ariel Dotti.

Muito obrigado.

Curitiba, 1º de dezembro de 2021

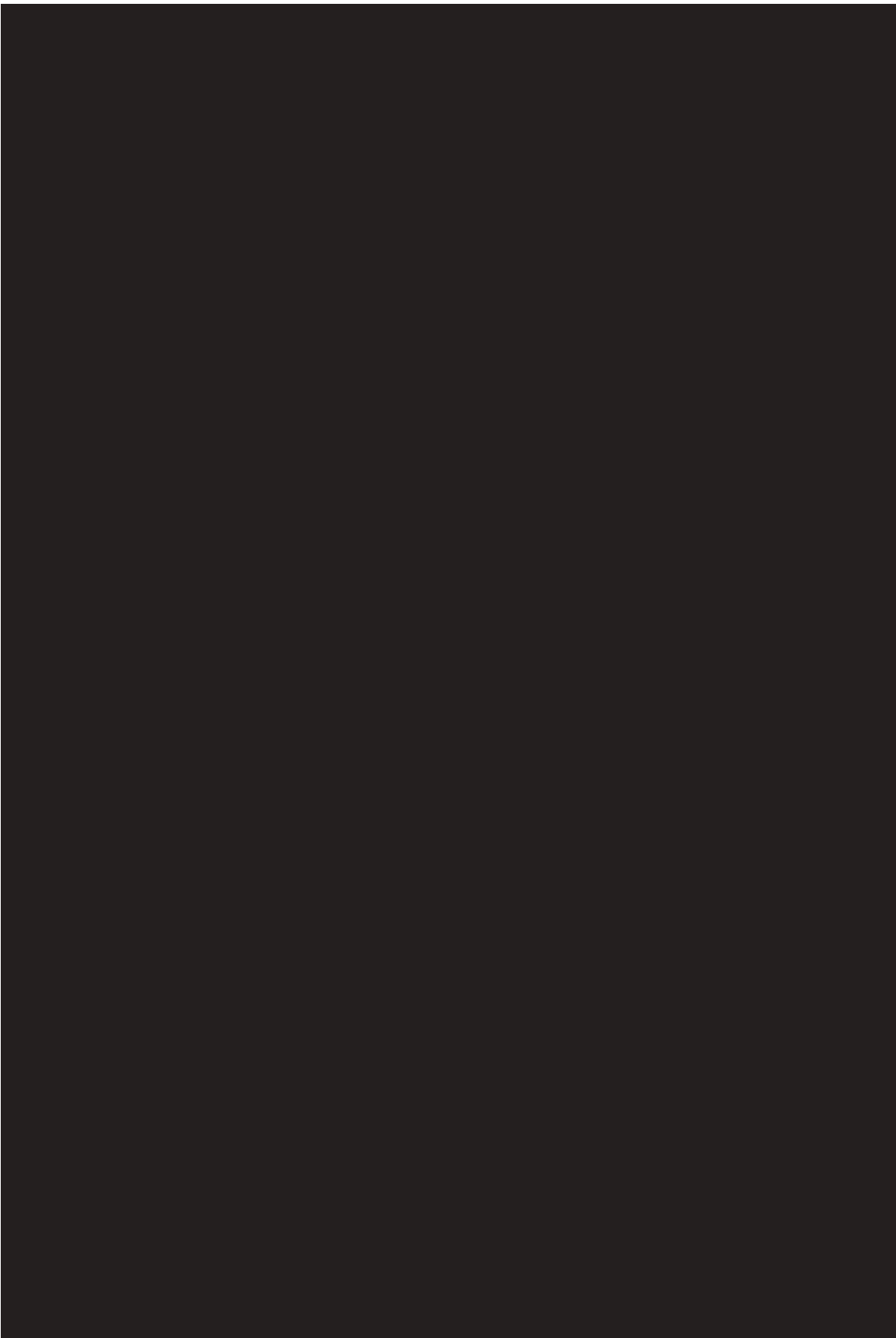
CLAYTON REIS

Notas

1. Clayton Reis. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1996). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1970). Magistrado em Segundo Grau, aposentado, do TJPR. Professor na Escola da Magistratura do Paraná e pertence ao Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-doutoral na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal (2013).

2. IHERING, Rudolf von, *A luta pelo Direito*, 12. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992, p. 1.
3. IHERING, Rudolf von, *op. cit.*, p. 1.
4. KIPLING, Rudyard, *A Luz que se Apagou*, Rio de Janeiro, Editora Delta, 1962, p. 30.
5. DURANT, Will, *História da Filosofia*, 7. ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1948, p. 17.
6. MIRANDA, Pontes de, *O Problema Fundamental do Conhecimento*, Porto Alegre, Edição da Livraria do Globo, 1937.
7. TARNAS, Richard, *A Epopéia do Pensamento Ocidental*, tradução de Beatriz Sidou, Rio de Janeiro, Editora Bernard Brasil, 1999.
8. VIEIRA, Antônio, *Sermões*, volume IX, São Paulo, Editora das Américas, 1957.

JURISPRUDÊNCIA



Ementário do TJPR

ADMINISTRATIVO

Compete à União o fornecimento de medicamento de alto custo

Agravo de instrumento. Juízo de retratação. Remessa do feito pela primeira vice-presidência desta corte. Inteligência do artigo 1.040, inciso II do Código de Processo Civil/15 e do artigo 109, inciso II do regimento interno do Tribunal de Justiça do Paraná. Fornecimento gratuito de medicamento de alto custo. Competência da União. Necessidade de inclusão da união no polo passivo. Alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a solidariedade dos entes federativos. Fixação de tese em repercussão geral (recurso extraordinário n. 855.178). Matéria de ordem pública. Remessa do feito à Justiça Federal. Juízo de retratação realizado.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0044404-57.2019.8.16.0000 - 4a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Abraham Lincoln Merheb Calixto** - Fonte: DJ, 21.02.2022).

Concessionária é condenada a indenizar por poluição atmosférica

Indenização por danos morais. Estação de tratamento de es-

goto Guaraituba. Emissão de mau cheiro. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco integral. Poluição atmosférica verificada. Parte autora que comprovou que foi atingida pelo odor desagradável, pois residia próximo a este na época de seu funcionamento. Redução da qualidade de vida. Danos morais configurados. Sentença reformada. Apelação provida.

(TJPR - Ap. Cível n. 0006657-

33.2012.8.16.0028 - 10a. Câ. Civ. - Ac.

unânime - Rel.: Des. **Albino Jacomel Guerios**

- Fonte: DJ, 21.03.2022).

Estado é penalizado a indenizar homem por prisão indevida

Apelações Cíveis. Responsabilidade civil. Direito administrativo e constitucional. Ação de indenização por danos morais decorrente de prisão indevida por um dia. Ausência de revogação do mandado de prisão. Responsabilidade civil do Estado. Dano moral configurado. Quantum indenizatório de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) mantido. Razoabilidade e proporcionalidade. Valor que se mostra adequado a reparar os danos sofridos. Inexistência de enriquecimento ilícito. Pleito de majoração dos

honorários advocatícios fixados na sentença. Acolhimento parcial. Fixação de honorários recursais em favor do procurador de J. S. L. 1. Recurso de J. S. L. objetivando majoração do valor da indenização por danos morais. Não acolhimento. Montante arbitrado em concordância com as peculiaridades do caso. Pleito de aumento do percentual dos honorários sucumbenciais para 20%. Parcial cabimento. Percentual fixado em 16% sobre o valor da condenação. Fixação de honorários recursais. Recurso conhecido e parcialmente provido. 2. Recurso do estado do Paraná requerendo redução do valor da indenização por danos morais. Impossibilidade. Montante fixado de acordo com a jurisprudência desta corte estadual. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0008698-73.2019.8.16.0077 - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Eugenio Achille Grandinetti** - Fonte: DJ, 22.02.2022).

Servidor público tem liminar indeferida para permanecer em home office após duas doses da vacina contra a covid-19

Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Pandemia de covid-19. Liminar indeferida em primeiro grau. Recomendação médica para permanecer em home office. Desnecessidade. Agravante que recebeu as duas doses da vacina contra a covid-19. Recurso desprovido.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0041562-36.2021.8.16.0000 - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Vicente Del Prete Misurelli** - Fonte: DJ, 15.02.2022).

CIVIL

Prescrição de dívida impede a cobrança judicial e não a extrajudicial

Direito Civil e Processual Civil. Apelação Cível. Ação declaratória de inexigibilidade de débito. Cobrança de débito prescrito. Sentença de improcedência. Irresignação da parte autora. Inserção de dados referentes ao débito no “Serasa Limpa Nome”. Danos morais.

Inocorrência. Prescrição que não abrange o direito subjetivo do credor. Regularidade da cobrança. Caso concreto que não demonstra situação de cobrança vexatória. Abusividade por parte dos réus não evidenciada. Dever de indenizar não configurado. Sentença mantida. Encargos sucumbenciais inalterados. Honorários recursais. Prequestionamento. Observância

do art. 1025 do CPC. Recurso conhecido e desprovido

(TJPR - Ap. Cível n. 0001052-

22.2021.8.16.0148 - 9a. Câm. Cív. - Ac.

unânime - Rel.: Des. **Arquelau Araujo Ribas**

- Fonte: DJ, 16.03.2022).

Relação locatícia somente se encerra com a entrega das chaves

Apelação Cível - Embargos à execução - Contrato de locação - Sentença de parcial acolhimento - Insurgência da embargante - Alegação de que os valores cobrados são inexigíveis, pois referentes a período posterior ao fim da locação - Tese não acolhida - Elementos dos autos que apontam para a higidez do valor cobrado - Previsão contratual de que a relação locatícia somente se encerraria com a entrega das chaves - Disposição que está em consonância com o entendimento jurisprudencial consolidado - Afirmação de que teria havido desídia do locador em combinar uma data para receber as chaves - Justificativa rejeitada - Inexistência nos autos de qualquer elemento que demonstre ter havido a interpelação do locador - Locatária que deveria ter se valido dos meios legalmente existentes para consignar as chaves e se desincumbir de sua obrigação - Recurso desprovido

(TJPR - Ap. Cível n. 0012060-

86.2020.8.16.0194 - 18a. Câm. Cív. - Ac.

unânime - Rel.: Des. **Denise Kruger Pereira**

- Fonte: DJ, 21.03.2022).

Cobrança de honorários só é ilegal e abusiva se não houver expressa previsão contratual permissiva

Apelação 1. A. Augusto Grellert Advogados Associados. Prestação de serviços advocatícios. Ação de cobrança. Contrato. Honorários. Critérios pactuados entre as partes. Vício. Ausência. Alteração. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido. 1. Existindo contrato de prestação de serviços, pactuado livremente entre as partes, com a fixação dos honorários a serem pagos, indevida a alteração dos critérios nele previstos, se ausente qualquer vício ou abuso de direito. 2. Recurso conhecido e provido. Apelação 2 - Agrícola terra nova Ltda. Contrarrrazões. Princípio da dialeticidade. Art. 1.010, do CPC. Ofensa. Não ocorrência. Contrato de prestação de serviços. Objeto. Definição. Atuação do causídico em autos apensos durante a vigência do contrato. Possibilidade. Cláusula a respeito. Honorários devidos. Recurso conhecido e não provido. 1. Não ofende o princípio da dialeticidade (art. 1.010, II, do CPC) o recurso que expõe e fundamenta as questões de fato e de direito, mesmo sucintamente, bem como rebate os pontos da decisão que almeja alterar. 2. São devidos os honorários estabelecidos em contrato assinado entre as partes, pela atuação do advogado em autos apensos àquele objeto do pacto, se houver previsão

contratual acerca de tal possibilidade. 3. Recurso conhecido e não provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0004949-82.2019.8.16.0001 - 11a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fábio Haick Dalla Vecchia** - Fonte: DJ, 23.03.2022).

Curso de pós-graduação ciente da ausência de conclusão da graduação deve entregar certificado a aluno que não finalizou curso superior

Apelação cível. Contrato de prestação de serviços educacionais. Pós-graduação. Exclusão do autor do curso ante a alegação de que não cumpriu requisito de ingresso. Pedido de reintegração e de entrega do certificado de conclusão do curso. Reintegração determinada em sede de tutela antecipada. Sentença de procedência. Recurso da requerida. Alegação de que o autor não cumpriu o requisito de ingresso na pós-graduação referente à conclusão da

graduação. Ingresso na pós-graduação em outubro de 2019 e conclusão da graduação em julho de 2020. Instituição de ensino que autorizou a matrícula do autor na especialização, ciente de que não havia conclusão da graduação. Necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva e da proibição do venire contra factum proprium. Falha, também, na prestação de informações ao autor. Sentença mantida no que diz respeito à determinação de entrega do certificado de conclusão do curso. Pleito de exclusão da condenação por danos morais. Danos morais não configurados. Ausência de provas de ofensa a direitos da personalidade. Sentença reformada neste ponto. Redistribuição do ônus sucumbencial. Recurso conhecido ao qual se dá parcial provimento.

(TJPR - Ap. Cível n. 0032429-44.2020.8.16.0019 - 7a. Câm. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. **Francisco Luiz Macedo Junior** - Fonte: DJ, 25.02.2022).

CRIMINAL

Agressões mútuas afastam condenação de crime de lesão corporal contra mulher

Apelação criminal. Violência doméstica. Crime de lesão corporal. Sentença absolutória. Recurso da acusação. Palavra da vítima inconsistente e contraditória em re-

lação à prova testemunhal carreada aos autos. Ocorrência de agressões mútuas. Existência de dúvida razoável a respeito da dinâmica dos fatos descritos na denúncia. Incidência, no caso em exame, do princípio “in dubio pro reo”. Absolvição mantida. Recurso não provido.

(TJPR - Ap. Criminal n. 0009650-11.2019.8.16.0026 - 1a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Adalberto Jorge Xisto Pereira** - Fonte: DJ, 22.03.2022).

Constrangimento em ambiente de trabalho gera crime de importunação sexual

Apelação crime. Crime de importunação sexual, artigo 215-a combinado com o artigo 21 caput do decreto - Lei nº 3688/41, vias de fato - Pleito de concessão dos benefícios da Justiça Gratuita - Competência para análise que cabe ao juízo da execução - Recurso não conhecido neste tópico - Pretensão absolutória - Alegação de insuficiência probatória - Não acolhimento - Vítima que, por diversas vezes, foi constrangida em seu local de trabalho - Vídeos que captaram a prática da contravenção penal de vias de fato - Versão da defesa isolada nos autos. Sentença que deve ser integralmente mantida - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(TJPR - Ap. Criminal n. 0016697-23.2020.8.16.0019 - 3a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Carlos Dalacqua** - Fonte: DJ, 23.03.2022).

É lícita a realização de busca e apreensão domiciliar sem mandado em casos de crime permanente

Recurso de apelação crime. Tráfico ilícito de entorpecente e posse ilegal de arma de fogo.

Procedência. Insurgência do réu. Alegada nulidade das provas decorrente de invasão de domicílio. Não acolhimento. Crime permanente que justifica o ingresso dos policiais na residência sem mandado judicial. Inteligência do artigo 5º, inciso xi, da cf. Precedentes. Dosimetria da pena. Bis in idem pela consideração das condenações pretéritas para recrudescer a pena-base e a pena intermediária. Inocorrência. Réu que possui maus antecedentes e é reincidente. Causa especial de diminuição consistente no tráfico privilegiado. Não incidência. Requisito da primariedade não preenchido. Regime inicial de cumprimento da pena. Não obstante o quantum fixado, o artigo 33 dispõe que caberá regime semiaberto somente aos réus não reincidentes. Regime fechado mantido. Recurso conhecido e não provido.

(TJPR - Ap. Criminal n. 0016122-45.2021.8.16.0030 - 3a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Carlos Dalacqua** - Fonte: DJ, 24.03.2022).

Apenado terá remição da pena pela leitura de obras literárias

Agravo em execução penal. Remição da pena pela leitura de obras literárias. Acolhimento. Disposição do art. 126, da lei de execuções penais e Lei Estadual nº 17.329/12. Apenado que comprovou ter preenchido os requi-

sitos necessários para gozo da benesse. Progressão de regime. Possibilidade. Pressupostos objetivos e subjetivos alcançados. Recurso conhecido e provido.

(TJPR - Ap. Criminal n. 4000253-59.2021.8.16.0131 - 5a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Maria José de Toledo Marcondes Teixeira** - Fonte: DJ, 22.02.2022).

Palavra da vítima possui especial relevância dentro do acervo probatório em casos de violência doméstica

Violência doméstica. Apelação criminal. Ameaça (art. 147, do CP) e perturbação da tranquilidade (art. 65 da lei de contravenções penais). Condenação à pena de um

(1) mês e cinco (5) dias de detenção e dezessete dias (17) de prisão simples, em regime aberto. Recurso da defesa. Absolvição. Atipicidade da conduta. Desacolhimento. Ausência de provas. Inviabilidade. Palavra da vítima coerente e harmônica em descrever o fato delituoso e demonstrar o sentimento de medo incutido na ofendida. Desnecessidade de ânimo calmo e refletido do agente infrator. Conjunto probatório produzido sob o crivo do contraditório suficiente para formar convicção de condenação. Recurso desprovido.

(TJPR - Ap. Criminal n. 0001505-79.2018.8.16.0129 - 1a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Miguel Kfourri Neto** - Fonte: DJ, 21.03.2022).

PROCESSO CIVIL

Impossível a penhora de valor inferior a 40 salários-mínimos depositado em poupança

Agravo de Instrumento. Cumprimento de sentença. Decisão que determinou o bloqueio de saldo manifestamente inferior a 40 (quarenta) salários mínimos em conta-corrente de devedor. Insurgência. Interpretação extensiva do artigo 833, X, do Código de Processo Civil de 2015. Precedentes do superior tribunal de justiça e desta corte de

justiça. Decisão reformada. Recurso conhecido e provido. “É possível ao devedor, para viabilizar seu sustento, poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas em cadernetas de poupança, mas também em conta corrente ou em fundos de investimento”. (REsp 1340120/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014)

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0074184-71.2021.8.16.0000 - 7a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ana Lucia Lourenço** - Fonte: DJ, 25.03.2022).

O desvirtuamento da conta poupança que é utilizada como conta corrente afasta a impenhorabilidade

Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Construção de valores existentes em conta poupança. Conta poupança movimentada de forma cotidiana, desvirtuando sua finalidade e afastando a impenhorabilidade. Precedentes. Manutenção do bloqueio. Recurso conhecido e desprovido. 1. Quando a conta poupança é utilizada como se conta corrente fosse, com intensa movimentação financeira, a jurisprudência desta c. Corte de Justiça afasta a impenhorabilidade dos valores ali existentes em razão do desvirtuamento da sua finalidade. Recurso desprovido.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0027624-08.2020.8.16.0000 - 10a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ângela Khury** - Fonte: DJ, 22.02.2022).

Impossibilidade da penhora de patrimônio de Eireli sem a desconsideração da personalidade jurídica

Agravo de instrumento. Ação monitória, em fase de cumprimento de sentença. Pedido de penhora de 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos mensais auferidos

pelo agravado, na qualidade de empresário individual. Impossibilidade de penhora patrimônio Eireli, sem desconsideração inversa da personalidade jurídica. Decisão escorreita. Recurso conhecido e não provido.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0005205-57.2021.8.16.0000 - 7a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Dartagnan Serpa Sa** - Fonte: DJ, 22.03.2022).

Admite-se o arbitramento de honorários por equidade quando o valor da causa for muito baixo

Apelação Cível. Tributário. Execução fiscal. IPTU e taxas. Decisão que homologou o pedido de reconhecimento da procedência do pedido formulado em embargos à execução. Reconhecimento de homônimo com a exclusão do apelado da figuração de devedor do tributo executado na execução fiscal nº 10959-26.2017.8.16.0030. Condenação do município ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono do ora recorrido no valor de R\$ 1.000,00. Valor baixo da causa que atrai a fixação por equidade do artigo 85, § 8º do Código de Processo Civil. Inaplicabilidade do artigo 90, parágrafo 4º do mesmo diploma processual. Decisão mantida. Recurso conhecido e, no mérito, desprovido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0004455-96.2020.8.16.0030 - 2a. Câm. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. **Eugenio Achille Grandinetti** - Fonte: DJ, 07.12.2021).

É faculdade da parte o depósito do valor incontroverso na ação revisional de contrato de financiamento

Recurso de apelação cível. Ação revisional de contrato de financiamento. Sentença que indeferiu a petição inicial. Apelo da parte autora. Defesa pela desnecessidade de depósito do valor incontroverso. Pertinência. Norma prevista no arti-

go 330, § 3º, do Código de Processo Civil, que não configura condição da ação, mas simples faculdade atribuída ao autor, com a finalidade de evitar os efeitos da mora. Sentença cassada. Prosseguimento do feito. Recurso conhecido e provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0024094-42.2020.8.16.0017 - 13a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa.

Rosana Andriguetto de Carvalho - Fonte: DJ, 04.02.2022).

TRIBUTÁRIO

A exigência do ISS fixo de autônomos está condicionada à efetiva prestação de serviços, que é presumida pela existência de alvará ativo

Apelação cível. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Instrumento de defesa que não comporta dilação probatória. ISSQN-Fixo. Lançamentos relativos à prestação de serviços de médica. Exercícios de 2013 e 2014. Prova documental. Demonstração da ausência de prestação de serviços nos anos indicados na certidão de dívida ativa em execução. Não ocorrência do fato gerador. Existência de alvará vigente para exercício da profissão. Irrelevância. Presunção relativa de ocorrência do fato gerador. Presunção que pode ser elidida pela executada. Descumprimento de obrigação acessória que não tor-

na o tributo devido. Pressuposto para a exigência é a ocorrência do fato gerador. Precedentes. 1. A exigência do ISS fixo de autônomos está condicionada à efetiva prestação de serviços, que é presumida pela existência de alvará ativo. 2. A presunção da prestação de serviços, que decorre do descumprimento da obrigação acessória, é relativa, podendo ser elidida por prova idônea. Pleito de condenação do exequente a pagamento de multa por litigância de má-fé. Alegado intuito protelatório na interposição do recurso de apelação. Ausência de comprovação. Exercício de direito previsto em lei que, a princípio, não pode ser considerado litigância de má-fé. Ausência de demonstração do alegado intuito procrastinatório na interposição do recurso. Recurso de apelação desprovido.

Recurso adesivo. Inversão do ônus sucumbenciais. Município que resiste à pretensão da excipiente, postulando a rejeição da exceção de pré-executividade. Pretensão resistida. Ônus sucumbenciais a cargo da parte sucumbente. Incidência da norma contida no art. 85, caput, do código de processo civil. Recurso provido. 1. O exequente que, mesmo após tomar conhecimento dos documentos comprobatórios da não realização dos serviços na sua base territorial, resiste à pretensão formulada pela executada, tanto que postula a rejeição da exceção de pré-executividade com o prosseguimento da ação de execução fiscal, deve arcar com os ônus sucumbenciais, nos termos do art. 85, caput, do CPC. Diferente seria se, ao tomar conhecimento dos documentos, anuisse com o pleito da executada, hipótese em que a esta competiria o pagamento dos ônus sucumbenciais. 2. Incidência, no caso, do entendimento do superior tribunal de justiça quanto aos embargos de terceiro, no sentido de que “não se aplica a súmula 303 da corte naqueles casos em que o exequente enfrenta as impugnações do terceiro embargante, desafiando o próprio mérito dos embargos”. Recurso de apelação desprovido. Recurso adesivo provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0004452-

40.2015.8.16.0185 - 3a. Câm. Cív. - Ac.

unânime - Rel.: Des. **Eduardo Casagrande**

Sarrão - Fonte: DJ, 09.02.2022).

Beneficiária de valor recebido em doação de empresa desconstituída irregularmente será responsabilizada por fraude à execução fiscal

Agravo de instrumento. Decisão agravada que reconheceu a existência de fraude à execução e determinou a responsabilização dos beneficiários de valor recebido em doação. Execução fiscal que foi ajuizada em face de sociedade empresária desconstituída irregularmente. Sociedade empresária que se tornou unipessoal com o falecimento de um dos sócios, sem que houvesse recomposição da pluralidade societária no prazo de 180 dias instituído pelo artigo 1.033, inciso IV do Código Civil, conforme redação vigente à época dos fatos. Sócia remanescente que simulou empréstimos aos seus netos. Atos que constituíram doações após a propositura da execução fiscal, com ciência da executada, configurando fraude à execução. Sócia que faleceu sem bens a inventariar, demonstrando que as doações a reduziram à insolvência. Direccionamento da execução à neta agravante e beneficiária da doação, no limite do valor recebido em fraude à execução. Recurso desprovido.

(TJPR - Agr. de Instrumento n. 0067303-

78.2021.8.16.0000 - 1a. Câm. Cív. - Ac.

unânime - Rel.: Des. **Lauri Caetano da Silva**

- Fonte: DJ, 23.03.2022).

APOIO INSTITUCIONAL



AMAPAR
ASSOCIAÇÃO DOS
— MAGISTRADOS —
— DO PARANÁ —

