

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1188

(Ano XVI)

(03/02/2024)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA** (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

**MARCELO FERNANDO BORSIO** (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA** (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA** (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO** (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

**CAMILA ALENCAR COIMBRA:** Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

QR Code do Volume 1188



**Nossa Missão:** disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

### **Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1188 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 203 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



**A aplicação da inteligência artificial em decisões judiciais**  
*Celso Moreira Ferro Júnior, 08.*

### ARTIGOS

**O confuso CASHBACK previsto na EC nº 132/2023**

*Kiyoshi Harada, 15.*

**Menores infratores: estatuto da criança e do adolescente, e a relação dos direitos humanos à aplicabilidade das medidas socioeducativas**

*Larissa Romero de Souza, 17.*

**A evolução do direito informático no Brasil**

*Benigno Núñez Novo, 37.*

**Federalismo brasileiro: Conflito de Competências e o STF**

*Lara Nascimento Magalhães, 41.*

**A Persistência Inconstitucional: Uma Análise Crítica sobre a Manutenção de Taxas Inconstitucionais no IPTU e seus Impactos nos Contribuintes Vulneráveis.**

*Joao Vitor Rossi, 50.*

**A influência do direito internacional na ordem jurídica brasileira**

*Matheus Eurico Borges Carneiro, 57.*

**Causalidade normativa: a imputação do resultado naturalístico em um contexto de suposta superação do tipo objetivo finalista**

*Igor César Sampaio de Castro, 63.*

**Testamento Vital: diretrizes para uma morte digna**

*Rebecca Scalzilli Ramos Pantoja, 76.*

**Separação dos poderes e o fundo do idoso: Uma abordagem sobre policy-making e delimitação do mérito administrativo.**

*Ricardo Adriano Haacke, 85.*

**A tributação pela extrafiscalidade como limite ao direito fundamental de liberdade no direito brasileiro**

*Carolina Gomes do Nascimento Krasovesky, 97.*

**Colisão e Complementaridade dos Direitos Fundamentais Baseadas na Teoria de Robert Alexy**

*Matheus de Oliveira Santana, 115.*

**O crime organizado e o direito penal de emergência**

*Alixandre Barroso Vieira, 131.*

**Ofensas raciais no futebol brasileiro**

*João Paulo Garutti Quadrelli, 146.*

**Namoro qualificado ou união estável? Como diferenciá-los e suas consequências jurídicas**

*Dener Neres Caminha, 157.*

**Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual**

*João Vitor Segantini de Oliveira, 173.*

**Neoconstitucionalismo, expansão da jurisdição constitucional e tensão entre os poderes**

*Vivian Leite Santos, 187.*

**O hidrogênio verde como uma fonte de energia limpa e sustentável**

*Benigno Núñez Novo, 200.*

## A APLICAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM DECISÕES JUDICIAIS

### **CELSO MOREIRA FERRO JÚNIOR:**

Mestre em Gestão do Conhecimento e Tecnologia da Informação pela Universidade Católica de Brasília (UCB) - Distrito Federal, Brasil. Agente da Segurança Pública (Delegado aposentado da Polícia Civil do Distrito Federal PCDF).<sup>1</sup>

De acordo com o jurista Wolfgang Hoffmann-Riem autor da obra Teoria do Direito Digital, a transformação digital progride a passos largos, exurgindo novos desenvolvimentos, que incluem novos projetos de Lei e decisões judiciais, porém, sobretudo, inovações tecnológicas.<sup>2</sup>

Prossegue o autor dizendo que atualmente as capacidades de armazenamento e de análise pelos computadores estão sendo expandidas e as possibilidades de aplicação e desempenho dos algoritmos estão crescendo e mudando rapidamente. A chamada inteligência artificial é particularmente importante para isso. Esse termo refere-se em particular ao esforço de reproduzir digitalmente estruturas de decisão semelhantes às humanas, ou seja, de projetar um computador de tal forma e, em particular, de programá-lo usando as chamadas redes neurais<sup>3</sup> e que possa processar os problemas da maneira mais independente possível e, se necessário, desenvolver ainda mais os programas utilizados.<sup>4</sup>

---

1 Coordenador de pós-graduação em Gestão da Segurança Pública do Núcleo de Estudos em Segurança Pública (NUSP) da UPIS - Faculdades Integradas e membro colaborador do Núcleo de Estudos em Defesa, Segurança e Ordem Pública (NEDOP) do Centro Universitário do Distrito Federal – UNIDF. DIRETOR EXECUTIVO DA CODOR-CONSULTORIA EM DEFESA ORGANIZACIONAL LTDA. (codor.consultoria@terra.com.br).. Blog: <http://gestaopolicial.blogspot.com/>

2 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital: Transformação Digital Desafios para o Direito. Editora Forense. 2ª Edição. 2021.

3 Uma rede neural é um método de inteligência artificial que ensina computadores a processar dados de uma forma inspirada pelo cérebro humano. É um tipo de processo de machine learning, chamado aprendizado profundo, que usa nós ou neurônios interconectados em uma estrutura em camadas, semelhante ao cérebro humano. A rede neural cria um sistema adaptativo que os computadores usam para aprender com os erros e se aprimorar continuamente. As redes neurais artificiais tentam solucionar problemas complicados, como resumir documentos ou reconhecer rostos com grande precisão.

4 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Op. cit.

Inteligência Artificial (IA), algoritmos, aprendizagem de máquina, são termos muito comuns na Era digital, visto que são as atuais tecnologias responsáveis por profundas mudanças na sociedade, provocam alterações no modo de vida dos indivíduos, nas empresas, governos, sendo objeto de intensos estudos e debates no meio acadêmico.

Trata-se de uma notável revolução, resultado de fatores como a velocidade, conectividade, intangibilidade<sup>5</sup>, que reflete complexidade perante o volume das informações e a convergência tecnológica das ações humanas, modificam as estruturas dos negócios, da economia, da sociedade e provocam transformações nos procedimentos e em sistemas nas áreas do executivo, legislativo e judiciário.

As ferramentas de inteligência artificial, estruturadas ou não pela técnica do *machine learning*<sup>6</sup> já permitem que muitas decisões sejam tomadas por máquinas de forma automática. Esses modelos de IA com base em algoritmos de aprendizagem, já nos permite deduzir sobre a possibilidade de uso de algoritmos para proferir decisões judiciais. Assim dizendo, a decisão, definição e programação que pode ser feita pelos próprios algoritmos. Com esse aprendizado dinâmico a máquina tem a capacidade de definir ou modificar regras de tomada de decisão de forma autônoma<sup>7</sup>.

Diante desse quadro, decisões judiciais automatizadas, com base na IA, demonstram ser uma realidade eminente e seguramente sem nenhuma possibilidade de não ocorrer em pouco tempo. Os principais argumentos favoráveis que possivelmente motivam os pesquisadores na disposição de desenvolver a automatização de decisões judiciais é a celeridade e o aumento da objetividade, além de possibilitar a qualidade, diminuição ou remoção do erro humano.

Fernanda Borghetti Cantali e Wilson Engelmann expressam que muito se questiona sobre o decisionismo que assola o Poder Judiciário brasileiro, por exemplo. Existem inúmeras decisões judiciais que evidenciam comportamentos não cognitivistas por parte dos julgadores, os quais decidem com base em opiniões pessoais, absolutamente

---

5 DAVIS, Stan.; MEYER, Christopher. *Blur: A Velocidade Da Mudança Na Economia Integrada*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

6 O aprendizado de máquina é um ramo da inteligência artificial baseado na ideia de que sistemas podem aprender com dados, identificar padrões e tomar decisões com o mínimo de intervenção humana.

7 ROSSETTI, Regina e ANGELUCI, Alan. *Ética Algorítmica: Questões e Desafios Éticos do Avanço Tecnológico da Sociedade da Informação*. Sielo Brasil.

subjetivas, bem como com base na emoção. Decisões judiciais devem ser proferidas com base no Direito, a partir de critérios racionais, técnico-jurídicos e objetivos.<sup>8</sup>

Na avaliação do ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão<sup>9</sup>, o movimento de digitalização da Justiça é cada vez mais necessário para a boa gestão dos tribunais, com **eficiência, celeridade e qualidade**, diante do elevado volume processual.

A celeridade está entre as principais motivações dos tribunais para a implementação de sistemas de Inteligência Artificial, condição esta que proporciona o descontingenciamento dos processos e a diminuição da morosidade.

O conhecimento produzido sobre uso da IA na justiça e os estudos lançados até o momento, demonstram que os sistemas existentes nos tribunais entregam resultados em um tempo extremamente rápido, aperfeiçoando a governança do judiciário e as iniciativas que caminham aceleradamente no sentido de possibilitar num futuro próximo a automatização das decisões.

O CNJ publicou a resolução 332/2020 para tratar, entre outros assuntos, da governança na produção e uso de Inteligência Artificial na justiça. Estabelece diretrizes aos órgãos do poder judiciário dispendo sobre a ética, a transparência e a governança no uso de inteligência artificial. Adota os cinco princípios contidos na Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais: (i) princípio do respeito aos direitos fundamentais; (ii) princípio da não-discriminação; (iii) princípio da qualidade e segurança no processamento de decisões e dados judiciais; (iv) princípio da transparência, imparcialidade e justiça; (v) princípio do controle do usuário<sup>10</sup>.

No Brasil, o presidente do Senado Federal, após um minucioso trabalho técnico de estudo e compilação de diversas proposições legais sobre a IA, protocolou o Projeto de Lei 2338/2023, que foi desenvolvido por uma Comissão de notáveis juristas, responsável pela elaboração de um substituto sobre o uso da Inteligência Artificial no Brasil.

O artigo 1º do projeto "estabelece normas gerais de caráter nacional para o desenvolvimento, implementação e uso responsável de sistemas de inteligência artificial no Brasil, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e garantir a implementação

---

8 CANTALI, Fernanda Borghetti; ENGELMANN, Wilson. Do Não Cognitivismo dos Homens ao Não Cognitivismo das Máquinas: Percursos para o uso de decisões judiciais automatizadas. Revista Jurídica Portucalense, n. 29, 2021 Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/21958>. Acesso em: 12 out. 2022.

9 Luis Felipe Salomão é Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Coordenador dos trabalhos sobre a *Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro*.

10 A Resolução CNJ nº 332, de 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 25 mai. 2023.

de sistemas seguros e confiáveis, em benefício da pessoa humana, do regime democrático e do desenvolvimento técnico científico”. Além disso, define conceitos e define regramentos sobre os Direitos, Categorização dos Riscos, Governança dos Sistemas de IA, Responsabilidade Civil, Códigos de Boas Práticas e De Governança, Comunicação de Incidentes Graves e Supervisão e Fiscalização

O produto final, mais denso, contempla a elaboração de um texto legal, com a mais avançada tecnicidade com diretrizes e fundamentos para a proteção da pessoa humana, fixando ferramentas de governança, responsabilidade civil, uma regulação baseada em riscos e uma modelagem regulatória de direitos.

A atuação de programas de Inteligência Artificial, associados a uma supervisão humana tem sido a maioria dos entendimentos para aplicação no Poder Judiciário brasileiro. Isso ocorre, em razão da necessidade de que haja um aprendizado do sistema e a possibilidade de aperfeiçoamento das decisões, do ponto de vista da eficiência e também, pela busca de uma aplicação justa e ética da Inteligência Artificial.

A necessidade de supervisão humana significa dizer que um sistema de Inteligência Artificial, a ser utilizado na tomada de decisões judiciais, não pode ser realizada completamente de maneira autônoma. O sistema deverá promover ações intercorrentes do julgador de forma que possa corrigir ou aperfeiçoar a fundamentação e novas decisões. Assim, a supervisão humana deve ser exigível e compatível de acordo com determinadas situações de complexidade na contenda judicial.

De acordo com Regina Rossetti e Alan Angeluci a Inteligência Artificial e seus algoritmos conseguem trazer muitos benefícios, além de trazer novas soluções, celeridade, economia e eficiência, aos diversos problemas complexos; podem, em outra perspectiva, conduzir a resultados nocivos, inesperados, sobretudo quando em seu processo de execução prescinde de supervisão humana.<sup>11</sup>

MARTINS (2022) assevera que de forma simples, **é possível descrever o uso de programas de computador para auxiliar em processos decisórios**, como uma expansão na capacidade de leitura de peças processuais, combinada com um tratamento de dados para geração de sugestões. O autor cita como exemplo os robôs utilizados nos tribunais, tais como: “Athos” e o “Sócrates” do Superior Tribunal de Justiça e o “Victor” do Supremo Tribunal Federal. O uso da inteligência artificial permite, por exemplo, a coleta de dados dos principais assuntos que chegam aos tribunais e a organização das informações por

---

11 ROSSETTI, Regina e ANGELUCI, Alan. Ética Algorítmica: Questões e Desafios Éticos do Avanço Tecnológico da Sociedade da Informação. Sielo Brasil.

temática, inclusive com a disponibilização de minutas de decisão, propiciando a otimização das atividades judiciárias.<sup>12</sup>

O autor prossegue explicando que uma boa parte do processamento judicial tradicional ocorre por meio de uma análise de casos, com foco na analogia, para a produção de uma peça decisória (despacho, sentença ou voto em acórdão) baseada em casos pretéritos. Existe, por certo, algum espaço para que os magistrados possam inovar. Contudo, tal espaço é, do ponto de vista processual, restrito aos limites dos pedidos das partes. O magistrado se torna mais experiente, na medida em que julga mais casos. Assim, cada vez mais ele conhecerá o potencial de temas aplicáveis aos diversos casos que chegam ao seu exame. É possível indicar que os magistrados têm um caminho de aprendizado.<sup>13</sup>

A partir dessas anotações, entendemos que a discussão ainda será muito ampla, ou seja, se para dar a designação sobre o julgamento por humanos tem vantagem, ou não, em comparação a decisão por Inteligência Artificial. Ainda de acordo com O Ministro Humberto Martins, o julgamento por humano abre espaço para a criatividade e inserção na decisão de elementos que não tem origem jurídica. De qualquer forma, a melhor solução é submeter a análise das informações ao escrutínio da supervisão do magistrado e a necessária revisão da decisão automatizada sugerida. Na acepção do Ministro o trabalho conjugado entre o magistrado e a máquina parece ser, no momento, o caminho mais promissor, para que haja a concretização da desejada efetividade, considerando ainda com extrema relevância, as questões éticas envolvidas.

Por fim, vivenciaremos em breve, um inevitável impacto disruptivo, o momento em que iremos implementar e utilizar os sistemas tecnológicos dotados de aprendizagem, máquinas que de forma eficaz executam tarefas, e até certo ponto, com ações cognitivas capazes de atuar em decisões judiciais. Além do mais, a substituição do processo cognitivo humano por um processo cognitivo artificial deverá superar também as esperadas resistências da inovação e mudança de uma cultura, pessoal, organizacional e da própria sociedade.

Ademais, é inadiável ultrapassar de vez, a visão convencional da magistratura e da Justiça e compelir o entendimento de que o juiz precisa repensar sobre seu papel de uma

---

12 MARTINS, Humberto. Reflexões Sobre a aplicação de Inteligência Artificial no Apoio às Decisões Judiciais no Superior Tribunal de Justiça. In: ARAÚJO, Valter Shuenquener de; GOMES, Marcus Lívio, (coordenação); CANEN, Doris (organização). Inteligência Artificial e Aplicabilidade Prática no Direito. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022

13 MARTINS, Humberto. Op. cit.

sociedade contemporânea, que caminha para a quarta revolução industrial,<sup>14</sup> onde gestores progridem na constante busca pela efetividade. O momento é de pensar em soluções para auxiliar o juiz em “dar conta” do volume de processos, no momento das decisões e em tempo razoável. A prestação jurisdicional, na era digital, com o uso da Inteligência Artificial é um caminho sem volta, e inevitavelmente a automatização das decisões judiciais irá ocorrer, marcará o direito processual de hoje e o de amanhã.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BURRELL, Burrel. **How the machine ‘thinks’: understanding opacity in machine learning algorithms.** *Big Data & Society*, 3 (1), 2016.

CANTALI, Fernanda Borghetti; ENGELMANN, Wilson. **Do Não Cognitivismo dos Homens ao Não Cognitivismo das Máquinas: Percursos para o uso de decisões judiciais automatizadas.** *Revista Jurídica Portucalense*, n. 29, 2021 Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/21958>. Acesso em: 12 out. 2022.

DAVIS, S.; MEYER, C. *Blur: A Velocidade da Mudança na Economia Integrada.* Rio de Janeiro: Campus. p. 7, 1999.

DOMINGOS, Pedro. **O Algoritmo Mestre.** Novatec Editora. São Paulo. 2017.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: Transformação Digital Desafios para o Direito.** Editora Forense. 2ª Edição. 2021.

LEE, Kai-Fu. **Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos.** Tradução Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

MARTINS, Humberto. **Reflexões Sobre a aplicação de Inteligência Artificial no Apoio às Decisões Judiciais no Superior Tribunal de Justiça.** In: ARAÚJO, Valter Shuenquener de; GOMES, Marcus Lívio, (coordenação); CANEN, Doris (organização). *Inteligência Artificial e Aplicabilidade Prática no Direito.* Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; GUIMARÃES, Alessandro de Araújo. **Novos Paradigmas do Acesso à Justiça Com o Uso de Inteligência Artificial.** In: ARAÚJO, Valter

---

<sup>14</sup> Quarta Revolução Industrial é uma expressão que engloba algumas tecnologias para automação e troca de dados e utiliza conceitos de Sistemas ciber-físicos, Internet das Coisas e Computação em Nuvem. O foco da Quarta Revolução Industrial é a melhoria da eficiência e produtividade dos processos.

Shuenquener de; GOMES, Marcus Lívio (coord); CANEN, Doris (org). Inteligência Artificial e Aplicabilidade Prática no Direito. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022.

ROSSETTI, Regina e ANGELUCI, Alan. **Ética Algorítmica: Questões e Desafios Éticos do Avanço Tecnológico da Sociedade da Informação**. Sielo Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gal/a/R9F45HyqFZMpQp9BGTfZnyr/>. Acesso em 29 out.2022.

WALDMAN, Ari Ezra. **Algorithmic Legitimacy**. In: BARFIELD, Woodrow. The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms. Cambridge: Cambridge University Press. 2022, p.107-120.

## O CONFUSO CASHBACK PREVISTO NA EC Nº 132/2023

**KIYOSHI HARADA:** Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos<sup>15</sup>.

A reforma tributária aprovada pela EC nº 132/2023, que contém 491 normas difusas, desarmônicas e desconexas entre si, dentre inúmeras outras confusões, instituiu o *CASHBACK* em relação ao Imposto Sobre Bens e Serviços – IBS – um imposto compartilhado entre estados, Distrito Federal e municípios, denominado IBS dual.

Mas, primeiramente, conceituemos o que se entende por *CASHBACK*. Esta denominação expressa um atrativo que os comerciantes usam para devolver ao cliente uma parcela do valor pago na aquisição ao produto. O percentual de devolução, muitas vezes, depende do valor da compra e da habitualidade do cliente.

Logo, o *CASHBACK* previsto na EC nº 132/2023, significa devolução parcial do total do imposto pago pelo consumidor final.

Sabe-se que nos chamados tributos indiretos (ICMS, ISS, IPI, Contribuições Sociais do PIS/COFINS) o valor dos tributos são embutidos nos preços, fazendo com que os consumidores arquem com os encargos financeiros dos tributos, por via de repercussão econômica. A doutrina apelidou esse fenômeno de contribuinte de fato. O contribuinte de direito limita-se a repassar o valor do tributo ao consumidor final.

Pois bem, a EC nº 132/2023 prevê o *CASHBACK* no inciso VIII, do §5º, do art. 156-A da CF que prevê a instituição do IBS por lei complementar:

“§5º Lei Complementar disporá sobre: o

[...]

---

15 Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. Site:www.haradaadvogados.com.br

VIII- As hipóteses de devolução do imposto a pessoas físicas, inclusive os limites e os benefícios, com o objetivo de reduzir as desigualdades de renda”.

Forçoso é concluir que o *CASHBACK* é relativo ao IBS previsto no art. 156-A da CF, pois na forma do art. 10 da Lei Complementar nº 95/1998, que dispõe sobre a elaboração das leis:

- I. O artigo é a unidade básica de articulação .
- II. Os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens.

O inciso VIII, que cuida do *CASHBACK*, está corretamente inserido no §5º, do art.156-A, tudo de conformidade com as normas gerais de elaboração e redação das leis.

Não pode haver dúvida de que a devolução de que cuida o referido inciso legal é apenas do Imposto Sobre Bens e Serviços-IBS. Tanto é que o inciso I, do §4º, do art.156-A determina que o Comitê Gestor, no ato da distribuição do produto de arrecadação do IBS ao ente federado, promova a retenção dos valores a serem devolvidos.

Acontece que esse IBS é tributado por fora, isto é, não integra a sua própria base de cálculo, nem o valor do imposto seletivo (art.153, VIII), da contribuição sobre receita/faturamento (art.195,b), da contribuição sobre importação de bens e serviços (art.195, IV) e da contribuição sobre bens e serviços (art.195,V), tudo de conformidade com o que dispõe o inciso IX, do §5º, do art. 156-A da CF acrescido pela EC nº 132/2023.

Em outras palavras, o consumidor final paga apenas o preço da mercadoria, livre de tributos. Não há em relação ao IBS o chamado contribuinte de fato que arca com o ônus financeiro do tributo, por via de repercussão econômica.

Do exposto conclui-se que a devolução de que cuida o inciso legal sob exame não corresponde a *CASHBACK* tributário. Não há que falar em devolução de imposto ao consumidor final que não pagou, nem suportou o encargo financeiro do imposto. Como se isso não bastasse, os produtos da cesta básica, consumidos pela população de baixa renda, estão com alíquotas do IBS zeradas, conforme parágrafo único do art. 8º inserido da EC nº 132/2023.

Logo, esse *CASHBACK* assume a característica de um auxílio financeiro à população vulnerável, cujos beneficiários serão eleitos por lei complementar. Corresponde, na realidade, a um segundo Bolsa Família ou Auxílio Brasil, como era chamado durante o governo anterior, terminologia mais adequada para expressar a sua transitoriedade. O

Bolsa Família não pode ser um fim em si mesmo, mas um instrumento de inclusão social até que seus beneficiários conquistem o poder laborativo.

Poder-se-á argumentar que o *CASHBACK* se refere a tributos em vigor (IPI, ICMS, ISS e contribuições sociais do PIS/COFINS) configurando o inciso VIII, do §5º, do art.156-A, nesse caso, uma norma autônoma em desconformidade com a Lei Complementar nº 95/1958 que disciplina a técnica de elaboração e redação das leis.

O legislador, que não é sacerdote do direito, às vezes, insere uma norma autônoma no *caput* de um artigo que nada tem a ver com o parágrafo ou inciso inserido.

Isso aconteceu com o §2º, do art. 9º da Lei nº 10.684/2003 que extingue a punibilidade com o pagamento de qualquer tributo, a qualquer tempo. Esse §2º está inserido no *caput* do art. 9º, que cuida exclusivamente da extinção de punibilidade pelo pagamento da parcela final do parcelamento (Refis II). Uma leitura apressada tende a concluir que somente os tributos sob parcelamento é que se sujeitam à extinção da punibilidade pelo pagamento.

Em se tratando de norma autônoma (o inciso VIII, do §5º, do art.156-A) o *CASHBACK* seria aplicável aos tributos em vigor, sendo que o IPI, as Contribuições sobre faturamento/receita, a Contribuição incidente na importação de bens e serviços e o PASEP serão extintos em 2027, quando entrar em vigor o IBS e a CBC. O ICMS e o ISS, a partir de 2027 terão suas alíquotas gradativamente reduzidas, até final extinção em 2033, quando chega ao fim a transição do novo regime tributário.

Dessa forma, essa norma autônoma teria natureza transitória.

De qualquer forma, a dedução do valor do *CASHBACK* na partilha do produto de arrecadação do IBS cabente aos entes federados estado, prevista no inciso I, do § 4º, do art. 156-A da CF, que sinaliza sua vinculação a esse imposto específico, não faz o menor sentido por causa do regime de tributação por fora adotado para o IBS.

## **MENORES INFRATORES: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, E A RELAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS À APLICABILIDADE DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**

**LARISSA ROMERO DE SOUZA:** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Pós-graduada em Direito Processual Penal pela FASUL Educacional<sup>16</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo demonstrar como ocorre o acesso à justiça para os adolescentes que cometem atos infracionais, e como se garante os direitos individuais e processuais desses menores. Ademais, neste artigo, será abordado como se deu o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), que trouxe uma ampla proteção às crianças e adolescentes em todos os aspectos, criando um estatuto específico no ordenamento jurídico, já que a Constituição Federal estabelece a condição de inimputável ao menor, se fazendo necessário complemento ao que a Carta Magna estabelece para esses menores. Por fim, de forma breve, será relatado acerca dos atos infracionais e das medidas socioeducativas, especificando cada medida.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos, Acesso à Justiça, Menores Infratores.

**ABSTRACT:** This article aims to demonstrate how access to justice occurs for teenagers who commit criminal acts, and how the individual and procedural rights of these minors are guaranteed. Furthermore, in this article, we will discuss how the Statute of Children and Adolescents (1990) emerged, which brought broad protection to children and adolescents in all aspects, creating a specific statute in the legal system, since the Constitution Federal law establishes the condition of non-imputability for minors, making it necessary to complement what the Magna Carta establishes for these minors. Finally, briefly, the infractions and socio-educational measures will be reported, specifying each measure.

**Keywords:** Human Rights, Access to Justice, Juvenile Offenders.

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem o propósito de discorrer sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, previsto na Lei 8.069/1990, fazendo considerações acerca dos direitos

---

<sup>16</sup> E-mail: larissaromeromju@hotmail.com

humanos das crianças e dos adolescentes e, em especial busca abordar os aspectos que garantem a efetivação dos direitos humanos aos menores que cometem atos infracionais.

O tema abordado tem imensa relevância para a sociedade, bem como para o ordenamento jurídico brasileiro, visto que demonstra o quão importante é resguardar os direitos das crianças e adolescentes, não apenas no cenário tratado no artigo, mas de forma geral, para o bem-estar das crianças e adolescentes que estão em pleno desenvolvimento, uma vez que o Código de Menores, surgido na ditadura e já revogado, referendou a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, abordando situações em que os menores estavam irregulares, por abandono ou em razão de delinquência, e somente em 1990, quando criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, é que foi trazida a proteção integral da criança e do adolescente, promovendo reais avanços na regulamentação e garantia dos direitos destes menores.

Como se observa no Código Penal, especialmente em seu art. 27, “considera-se penalmente inimputáveis no Brasil, os menores de 18 anos, ficando sujeitos às normas estabelecidas em legislação específica”, portanto, se fez necessário abordar medidas que visam punir e reeducar menores infratores no ECA, pois são menores situados abaixo da idade penal que cometem crimes, e portanto precisam ser processados e responder por seus atos, cabendo ao judiciário determinar se deverão cumprir medidas socioeducativas ou não.

Por fim, além da importância da criação do ECA, no presente artigo serão elencados os direitos dos menores infratores, bem como serão abordadas as medidas socioeducativas previstas no ECA que podem ser aplicadas a eles, e os direitos humanos aplicáveis no momento em que os menores infratores são submetidos às medidas socioeducativas previstas em legislação específica.

## **1. OS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Os Direitos Humanos podem ser definidos como garantia fundamental e universal que visa a proteção dos indivíduos de todos os grupos sociais contra as ações ou omissões daqueles que agem contra os preceitos da dignidade da pessoa humana, sem distinção de nacionalidade, sexo, religião, cor, raça, ou qualquer diferenciação entre as pessoas. (ONU, 2019)

Abordar os Direitos Humanos nesta esfera tão delicada que é a das crianças e dos adolescentes, se faz extremamente necessário para, se possível, garantir a proteção aos direitos que esses sujeitos em processo de crescimento e desenvolvimento possuem, ademais, complementa-se nas palavras de TEPEDINO (2009), que:

Em síntese, a tutela da criança e do adolescente deve permitir, no curso do processo educacional, que o menor de idade cresça de forma biopsiquicamente saudável, de modo a superar sua própria vulnerabilidade, informar-se e formar-se como pessoa responsabilmente livre, exercendo, efetivamente, a sua autonomia de maneira mais ampla possível. (TEPEDINO, 2009, p. 204)

Com o mesmo entendimento, a Constituição Federal, em seu artigo 227, menciona:

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

Conforme o artigo supramencionado preleciona, a Constituição Federal dispõe que é dever de todos, assegurar às crianças e aos adolescentes todos os direitos que os cidadãos gozam, bem como deve-se proteger os menores. Com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescentes, estes direitos fundamentais que abrangem os menores, são efetivados pelo princípio da prioridade, ou seja, sua proteção e direitos devem ser buscados e assegurados pelo Estado, antes de quaisquer outros.

No que tange ao Estatuto, sua prioridade absoluta é de gerar a proteção e socorro à criança e ao adolescente em quaisquer circunstâncias, pois até mesmo antes da sua concepção seus direitos já estão assegurados, pois enquanto sua genitora estiver gestando, este feto já goza de direitos.

O Código de Menores só foi instituído em 12 de outubro de 1927, e embora as crianças e os adolescentes ainda não recebessem a devida garantia e efetivação de seus direitos, foi dado o primeiro passo, uma primeira legislação para essa faixa etária. A referida legislação surgiu com o objetivo de que o que as crianças e os adolescentes necessitavam eram de apoio psicopedagógicos em instituições para uma tentativa de solucionar os problemas daquela sociedade, como, a ociosidade, delinquência e abandono. (CUSTÓDIO, 2009)

No ano de 1959 foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração dos Direitos da Criança, e apenas em 1989 essa declaração foi transformada em Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no Brasil em 1990, foi instituído o ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente. Com o advento do ECA, a visão anterior sobre os menores de 18 anos foi transformada, e agora eles seriam colocados como partícipes

na construção de sua própria vida, com vontades, necessidades, sentimentos, dando voz e considerando com seriedade as falas apresentadas por eles. Portanto, são seres mercedores da garantia e proteção pelo Estado, pela família e pela sociedade. (SANTOS, 1993)

Com a promulgação da Lei 8.069/1990, que diz respeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente, foi gerada uma reflexão para todos sobre a temática, visto que o Estatuto estabeleceu direitos e deveres inerentes aos menores, e de certa forma, também os tornou cidadãos. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, refere-se aos direitos e às garantias individuais de todas as pessoas que exercem a cidadania, o Estatuto veio para complementar a previsão destes direitos, e se propôs a ressaltar e especificar que as crianças e os adolescentes também possuem os mesmos direitos e deveres previstos na carta magna.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3º e 4º, a criança e o adolescente têm seus direitos assegurados:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

A Constituição Federal de 1988 estabelece que, a responsabilidade em resguardar os direitos das crianças deve ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e família, começando assim a nascer a concepção de criança como sujeito-cidadão. (VERONESE, 2016)

No âmbito internacional, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que passou a reconhecer os direitos das crianças e adolescentes à educação, à igualdade, ao lazer, à proteção e à dignidade. Foi ratificada em 196 países, incluindo o Brasil no ano de 1990. (UNICEF, 2015)

Com a instauração do Estatuto o Estado passa a reconhecer as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, e não a visão retrógrada de que são adultos em miniatura ou objetos das famílias. Apesar dos avanços trazidos pelo Estatuto e pelos ganhos incríveis desde a promulgação do ECA, ainda são encontrados vários desafios a serem combatidos, pois o ECA tem uma visão progressista, enquanto a maior parte do Brasil ainda tem uma visão conservadora e isso entra em conflito principalmente em como deve ser a educação geral das crianças e adolescentes.

Por fim, a relevância de uma legislação específica para as Crianças e Adolescentes, trouxe inúmeros benefícios para a sociedade de uma forma geral, principalmente para as famílias desses menores, que por muito tempo tinham a responsabilidade solo de promover educação, saúde e assistência básica para seus tutelados, e o ECA veio para introduzir o Estado no seio familiar, como uma participação complementar na construção de crianças e adolescentes saudáveis e protegidos, além de promover medidas socioeducativas para aqueles que em algum momento se desviaram de um bom caminho, seja por estarem inseridos na vulnerabilidade social, ou por outras questões sociais.

## **1.2. Principais direitos no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente**

O ECA é dividido em três partes, e em sua primeira parte são abordadas as garantias universais que demonstram quais políticas devem ser aplicadas para que as crianças cresçam em condições favoráveis sem riscos a elas, essa parte tem um cunho preventivo, que é de agir antes das falhas. Já na segunda parte, são elencadas as medidas protetivas, para crianças e adolescentes que sofreram violência e abusos, praticados por qualquer pessoa, seja família, desconhecidos ou instituições. A terceira e última parte é específica para os menores infratores, é o momento em que são abordadas as medidas socioeducativas que devem ser aplicadas a adolescentes infratores, e como deve ocorrer a ressocialização para que não voltem para a criminalidade. (ROVARON, 2020)

O artigo 227 da Constituição Federal que deu início a discussão dos direitos das crianças é respaldado pelo artigo do ECA que diz:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL, 1990)

Estes direitos são dever do Estado, da família e da sociedade em garantir o cumprimento de todos. Impedir a liberdade desses menores, de participação social, cultural, expressar seus sentimentos, a educação, participar de religiões, praticar algum tipo de lazer ou esporte, prejudica a formação da condição de cidadão na sociedade e no seu desenvolvimento psíquico. A importância da Escola na vida dessas crianças, principalmente para um bom desenvolvimento desta faixa etária, ocorre dentro do âmbito escolar, todo o processo educativo deve resguardar os direitos das crianças, são direitos que não devem, de forma nenhuma serem inobservados. (PAGANINI, 2011)

As falhas que podem ocorrer durante o desenvolvimento da criança em grande parte podem nascer dentro de sua própria casa. A primeira assistência, os ensinamentos, a educação social ao menor vem de sua família, quando eles são privados desta assistência, dificulta a formação social e de personalidade. Não basta somente o Estado promover políticas que resguardem a criança se a família não colabora para um bom desenvolvimento das crianças e adolescentes, como não é suficiente apenas uma boa educação escolar. O conjunto da escola, família e Estado precisam estar alinhados para garantir o crescimento de um adulto conveniente. (D'ANTONIO, 2009)

No artigo 53 do ECA, está elencado o direito à educação, demonstrando a sua relevância para a prevenção de possíveis problemas de conduta e colabora com o desenvolvimento das crianças:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado por seus educadores; III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV - direito de organização e participação em entidades estudantis; V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentam a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica. Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais. Art. 53-A. É dever da instituição de ensino, clubes e agremiações recreativas e de estabelecimentos congêneres assegurar medidas de conscientização, prevenção e enfrentamento ao uso ou dependência de drogas ilícitas. (BRASIL, 1990)

Quando ocorrem casos de situação de risco dos direitos da criança ou do adolescente, e estes são violados, seja por omissão do Estado, da família ou da sociedade, abusos cometidos ou pela própria conduta do menor, são cabíveis as medidas protetivas, que estão elencadas no artigo 101 do ECA:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta. (BRASIL,1990)

O Estado possui a obrigação de prover educação gratuita e de qualidade a todos os níveis etários, inclusive creches de forma acessível. Mas a obrigação da educação também é dever da família, que precisa matricular, acompanhar, e manter a frequência escolar dessas crianças e adolescentes até os 14 anos de idade no mínimo. Quando ocorrem casos de maus tratos na escola à criança ou são observadas muitas faltas injustificadas e constantes índices de repetência de algum menor, é dever da Instituição Escolar contatar o Conselho Tutelar para que a situação seja averiguada e sejam tomadas as medidas cabíveis ao caso. Portanto, os pilares de uma boa educação são divididos em três, o Estado, família e escola.

Em situações nas quais os pais e responsáveis são causadores dos problemas causados às crianças e aos adolescentes, o ECA também aborda as medidas pertinentes que devem ser aplicadas, em seu artigo 129:

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI -

obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; VIII - perda da guarda; IX - destituição da tutela; X - suspensão ou destituição do poder familiar. (BRASIL,1990)

Em decorrência das falhas no desenvolvimento da criança e do adolescente por parte da família, por omissão do Estado em assistir às famílias em situação de miséria, e outros fatores que podem acarretar em cometimento de atos infracionais por parte do menor, cabe ao Estado a aplicação de medidas socioeducativas visando a reeducação e a própria proteção do menor. As medidas socioeducativas estão elencadas no artigo 112 do ECA, as medidas não privativas de liberdade são executadas pelo município e as de privação de liberdade pelo Estado:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. (BRASIL, 1990)

A prevenção é primordial para o crescimento saudável dessas crianças, a garantia que o Estado, a família e a sociedade devem prover aos menores, transformam a vida desses pequenos cidadãos. A ação de prevenção, é a melhor oportunidade de um desenvolvimento decente, garantindo às crianças e aos adolescentes uma vida digna e os protegendo de possíveis problemas futuros, e os afastando da criminalidade.

## **2. ASPECTOS LEGAIS: MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E ATO INFRACIONAL**

A Lei 8.069, de 1990 que disciplina o Estatuto da criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, considera como criança, menor de até doze anos de idade ainda não completados e adolescente, a pessoa que possui entre doze anos completos até dezoito anos de idade, bem como a referida legislação é aplicada dos dezoito até vinte e um anos de idade.

Há uma grande diferença das medidas impostas às crianças e aos adolescentes, sendo que para as crianças são aplicadas as chamadas medidas de proteção e aos adolescentes, são aplicadas as medidas socioeducativas.

No que tange ao ato infracional, a Revista Jurídica Consulex coloca que

O Ato infracional é o ato condenável, de desrespeito às leis, à ordem pública, aos direitos dos cidadãos ou ao patrimônio, cometido por crianças ou adolescentes. Só há ato infracional se àquela conduta corresponder a uma hipótese legal que determine sanções ao seu autor. No caso de ato infracional cometido por criança (até 12 anos), aplicam-se as medidas de proteção. Nesse caso, o órgão responsável pelo atendimento é o Conselho Tutelar. Já o ato infracional cometido por adolescente deve ser apurado pela Delegacia da Criança e do Adolescente a quem cabe encaminhar o caso ao Promotor de Justiça que poderá aplicar uma das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 (doravante ECA) (CONSULEX, 2005, p. 40).

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (art. 103, ECA, 1990). As penas dos crimes ou contravenções previstas no Código Penal são imputadas aos maiores de idade, sendo o ECA que trata especificamente dos direitos, garantias e meios de proteção à criança e ao adolescente, e é o mesmo que indica o caminho mais apropriado a estes que cometem atos infracionais, pois em razão da menoridade e inimputabilidade, não pode ser aplicado o Código Penal às infrações cometidas pelos menores.

## **2.1. Medidas socioeducativas em espécies**

As medidas socioeducativas são medidas aplicadas pelo juiz da Vara da Infância e Juventude aos adolescentes que cometem algum ato infracional. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê seis tipos de medidas:

1) Advertência: talvez seja uma das medidas mais aplicada. Conforme dispõe o art. 115 do ECA (1990), advertência consistirá na admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”, ou seja, é uma audiência que consiste em um alerta feito pelo magistrado ao menor e seus responsáveis, para que eles entendam os riscos de cometer um ato infracional.

2) Obrigação de reparar o dano: esta medida está prevista no art. 116, do ECA. Trata-se de atos infracionais com reflexos patrimoniais, em que o adolescente poderá restituir a coisa, promover o ressarcimento do dano ou compensar algum prejuízo que tenha

ocasionado à vítima. Por exemplo, se o adolescente depredar o muro da casa de uma pessoa, a autoridade poderá determinar o ressarcimento do dano causado, ou se houver algum conserto, poderá este mesmo fazê-lo.

3) Prestação de serviços à comunidade: o Estatuto da Criança e do Adolescente inovou na referida medida, pois ela tem aplicabilidade no âmbito penal. Consiste na prestação de serviço comunitário, qual seja, atividades não remuneratórias prestadas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, programas comunitários e demais estabelecimentos congêneres por um período máximo de seis meses, sua previsão legal é o art. 117, do ECA. Vale ressaltar que as tarefas devem ser realizadas em horários que não comprometam os dias escolares, podendo ser realizados nos feriados e finais de semana, desde que não exceda oito horas semanais.

4) Liberdade assistida: trata-se de medida que serve para auxiliar e acompanhar o adolescente por determinado período. O juiz nomeia um orientador para que, supervisionado pela autoridade, desenvolva de acordo com o ECA, as seguintes atribuições:

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: "I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social"; II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV - apresentar relatório do caso. (ECA, 1990)

A liberdade assistida está prevista nos artigos 118 e 119, do ECA. A medida é fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo ser prorrogada a 10 qualquer tempo, revogada ou substituída por outra medida, desde que ouvidos o orientador, Ministério Público e defensor.

5) Regime de semiliberdade: este regime tem o objetivo de preservar os vínculos sociais e familiares, e é aceito como início ou como forma de progressão para o meio aberto. Comporta o exercício de atividades externas, independentemente de autorização judicial. É obrigatória a escolarização e a profissionalização. Não comporta prazo determinado, devendo ser aplicadas as disposições a respeito da internação, no que couber. (Art. 120, caput, § 1º e 2º, ECA, 1980).

6) Internação: é a medida que constitui privação da liberdade, considerada portando a mais grave do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sujeita-se a três princípios, quais sejam: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Tem previsão nos artigos 121 a 125, do ECA.

A medida de internação apresenta três princípios norteadores:

a) Princípio da brevidade: refere-se ao período em que o adolescente deve ficar internado, pois deve ser privado de sua liberdade em menor tempo possível. O período máximo de internação de acordo com art. 121, §§ 2º e 3º, do ECA, é de três anos, sendo no máximo a cada seis meses reavaliada mediante decisão fundamentada.

b) Princípio da excepcionalidade: quer dizer que só será determinada a medida de internação, se não houver outra alternativa. Ou seja, quando já estiverem sido esgotadas as outras medidas socioeducativas.

c) Respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento: significa que ao adolescente que receber a medida de internação será assegurado cuidados especiais, tais como educação, lazer, esporte, entre outros, afim de que tenha seus direitos garantidos perante a sociedade, apesar de estar privado de sua liberdade.

Ademais, todas as medidas podem ser aplicadas cumulativamente ou separadamente, bem como substituídas a qualquer tempo. Contudo, as medidas socioeducativas possuem prazos indeterminados, com a exceção da prestação de serviço comunitário que possui prazo máximo de seis meses e a medida de internação que não pode exceder a três anos. Vale ressaltar que nenhuma medida pode ultrapassar a idade de 21 anos, que é a idade que cessa o cumprimento dessa.

Dessa forma, importante destacar que a maioridade civil não cessa a medida socioeducativa. Ainda, será abordado no próximo ponto como é o procedimento quando o adolescente comete um ato infracional tanto na fase policial como judicial e como se dá a garantia dos seus direitos individuais.

## **2.2 Eficácia das Medidas Socioeducativas**

A finalidade das medidas socioeducativas presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente possuem intuito de reeducar e ressocializar o menor infrator, pois embora possuam natureza sancionatória, não são punitivas, são consideradas medidas pedagógicas, e ao aplicar qualquer uma das medidas, o Magistrado deve observar o princípio da proporcionalidade e analisar caso a caso.

Como a advertência é uma medida apenas repreensiva, geralmente não é a mais indicada como medida de reeducação, visto que repreende apenas de forma verbal os atos

impulsivos cometidos pelos menores. Sua aplicabilidade se dá somente através de um Juiz e no momento de sua aplicação, devem ser esclarecidas as consequências de seus atos sendo dirigida ao jovem e ao responsável para que tenha a eficácia esperada e para que não haja reincidência. (LIBERATI, 2003)

A medida de reparação de um dano causada por algum ato infracional cometido só é usada nos casos em que os responsáveis do menor tiverem condições financeiras suficientes para arcar com a obrigação de reparar o dano, diz o disposto no artigo 928 do Código Civil:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. (BRASIL, 2002)

De forma brilhante, conceitua o autor Raimundo Luiz Queiroga de Oliveira que se a situação financeira dos infratores e seus responsáveis inviabilizar a aplicação da medida deverá essa ser substituída, contudo os menores infratores que os pais possuem mais recursos, reforça que a medida pode não ser eficaz, uma vez que apenas reparar, ressarcir o dano sofrido não interfere na educação da criança, mas apenas no financeiro dos responsáveis. (OLIVEIRA, 2003)

A Prestação de Serviços à comunidade apesar de ser mais punitiva não é excedente e muitos autores a classificam como uma das melhores medidas a serem aplicadas. Para Liberati se for aplicada com excelência, com o devido acompanhamento é benéfico para o adolescente e para a comunidade. (LIBERATI, 2003)

Ao cumprir a prestação de serviços, durante o prazo máximo de 6 meses o menor pode interagir com a sociedade e amadurecer sua cidadania. Para os adolescentes de classe média e alta essa medida alcança ótimos resultados, pois podem entender que ter uma condição financeira melhor que a de outra pessoa não o permite cometer atos ilegais e não ser punido por isso. É uma oportunidade de entender a realidade de outras pessoas e estimular a humanidade no menor, podendo ser afastada a reincidência. (OLIVEIRA, 2003)

Para que seja eficaz a Liberdade Assistida, se faz necessário ter pessoas capacitadas e eficientes para acompanhar o jovem, verificar o andamento escolar e fazer reuniões familiares para assegurar que o adolescente compreenda as consequências futuras e mais severas que suas ações podem trazer, em alguns casos se houver excelência no

acompanhamento e participação efetiva da família e da escola pode ser bastante benéfica e erradicar a criminalidade que existe naquele jovem. (OLIVEIRA, 2003)

Os dois regimes de internação ao menor infrator, o da Semiliberdade e a Internação, são utilizados somente quando as outras medidas não tiverem os efeitos necessários, por se tratarem de medidas que privam o adolescente da liberdade, seja durante a semana ou na duração máxima de três anos. Durante este período de internação é fornecido ao jovem educação, atividades externas, orientação, cursos de formação e o acompanhamento técnico e especializado. (NOGUEIRA, 1988)

Quanto à semiliberdade, para que sua eficácia seja assegurada, é preciso analisar a estrutura familiar em que aquele menor está inserido, visto que o adolescente durante os finais de semana irá para casa. Se a família for incapaz de controlar o menor infrator poderá acarretar em novo cometimento de ato infracional. (NOGUEIRA, 1991)

Privar o adolescente de sua liberdade na totalidade, apesar de garantir a segurança pública para o menor, pode ser uma porta para o aprendizado de novas experiências com outros menores infratores e o sentimento de vingança internalizado. É essencial a presença de psicólogos e da assistência social no decorrer do período em que o adolescente ficará internado para trabalhar o psicológico desse jovem, para que transite para o regime de liberdade e não cometa novas infrações ou após a maioridade penal não adentrar ao mundo da criminalidade. (D'AGOSTINI, 2003)

Observa-se, portanto, o cuidado que o ECA promove quando se trata dos menores infratores, visto que existe uma preocupação do legislador em não cometer excessos e prejudicar o desenvolvimento desses jovens, buscando medidas que não impactem de forma negativa na ressocialização desses menores, pois o intuito das medidas é este, de fazer com o que o jovem infrator seja reinserido na sociedade de forma que ele se sinta acolhido e queira uma vida longe da criminalidade.

### **3. ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INDIVUAIS E PROCESSUAIS DO MENOR INFRATOR**

Necessário se faz adentrar no mérito dos direitos individuais inerentes aos adolescentes que cometem um ato infracional, bem como quais são e como se dá a garantia processual e o acesso à justiça, demonstrando como ocorre o seu devido procedimento.

Os direitos individuais além da Constituição Federal, possuem previsão no artigo 106 a 109, do Estatuto da Criança do Adolescente:

Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. O adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos.

Art. 107. A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.

Parágrafo único. Examinar-se-á, desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata.

Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

Art. 109. O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.

Em suma, os direitos fundamentais são direitos básicos que o adolescente possui e que devem ser respeitados, sob pena de nulidade no processo. De acordo com o capítulo III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, as garantias processuais são:

Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III - defesa técnica por advogado;

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento. (ECA, 1990)

Os artigos previstos no Estatuto, possuem as mesmas garantias do processo penal, ou até mais, considerando que o menor é pessoa em desenvolvimento, e deve-se ter mais cautela no deslinde do processo.

As garantias estão especificadas no artigo 111, do ECA, sendo que a primeira trata de citação, colocando que o adolescente tem que ter a ciência de que o Ministério Público moveu uma ação, chamada de representação, contra ele acerca de um possível ato infracional que este tenha cometido. Isso se dá por ato formal.

A segunda garantia diz respeito a igualdade processual, ou seja, os adolescentes e adultos possuem os mesmos direitos, sendo a igualdade entre a acusação e defesa. Ou seja, se há produção de prova pela acusação, a defesa também possui direito de produzir provas.

Já a terceira garantia trata, sobre a existência da defesa técnica de um advogado. É essencial que o menor seja representado por um advogado, e se os pais do adolescente não possuírem condições para arcar com as despesas de um advogado, devem procurar a Defensoria Pública de sua cidade, e no caso de não haver defensoria no município, será nomeado um advogado pelo Fórum.

A quarta garantia complementa a anterior, no caso de não haver possibilidade financeira em arcar com as custas do processo, será deferido pelo juiz o benefício da assistência judiciária gratuita.

A quinta garantia refere-se ao direito do adolescente de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente. Seja seu defensor, juiz, delegado, promotor ou até mesmo o diretor de alguma unidade de internação, o adolescente pode requerer a oitiva a qualquer momento.

Por fim, a última garantia prevista no Estatuto, prevê que o adolescente possui o direito de solicitar a presença de seus pais ou responsáveis em qualquer fase do procedimento.

Essas garantias são aplicadas em qualquer fase, tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução da medida socioeducativa. Além das garantias supramencionadas que estão previstas no ECA, existem as garantias previstas no artigo 5º da Constituição Federal. Dentre elas estão a presunção de inocência; o contraditório e a ampla defesa; princípio da reserva legal; a comprovação da culpabilidade; necessidade de relaxamento de eventual internação integral; entre outras.

O estudioso Liberati, acerca de um estudo sobre o tema, aponta:

“As garantias constitucionais do processo têm suas raízes no art. 39 da Magna Carta outorgada em 1215 por João Sem Terra: ‘Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.’” (LIBERATI, 2003, p, 97)

Portanto, constata-se que com o advento do ECA, em conjunto com o que prevê a Constituição Federal, os menores estão assistidos legalmente por normas que asseguram o devido processo legal, bem como os tratam com respeito e dignidade, mesmo em situações de infrações, existe uma cautela para que os menores infratores não sejam submetidos à situações degradantes, que possam afetar seu pleno desenvolvimento e ressocialização, ademais, cabe ressaltar o quanto o Poder Judiciário, juntamente com toda Equipe Multidisciplinar assegura os direitos humanos desses jovens, e os protegem de más condutas externas, priorizando o bem-estar e assegurando que sejam tratados com respeito durante e depois do julgamento do processo e no cumprimento das medidas impostas.

## **CONCLUSÃO**

O presente artigo teve como principal objetivo expor a importância da criação do Estatuto da Criança e do adolescente, desde o seu surgimento até os dias atuais, mostrando a sua evolução, e demonstrando uma reflexão acerca dos direitos humanos e as medidas socioeducativas para os adolescentes que cometem algum ato infracional.

Inicialmente se fez necessário adentrar no mérito dos direitos humanos e elucidar a cidadania com relação às crianças e os adolescentes, da proteção e segurança jurídica que

o Estatuto gerou para eles, sendo um complemento ao que a Constituição Federal já assegurava.

O artigo também buscou expor a extensa proteção que o Estatuto da Criança e do Adolescente gera em qualquer circunstância, pois desde antes da concepção os direitos dos menores já são assegurados, como por exemplo, a precedência de atendimento nos serviços públicos.

Impende ressaltar que o Estatuto também trouxe direitos e deveres aos menores, tornando-os sujeitos de direitos, cidadãos, vindo a complementar a Constituição Federal no que se refere aos direitos individuais e garantias àqueles que exercem a cidadania.

Ademais, foi importante destacar as medidas socioeducativas que são aplicadas aos menores infratores, visto que muitas vezes a população, por desconhecimento das Leis ou por foca apenas em recortes midiáticos, não compreendem que os menores infratores também são “punidos” quando cometem atos ilícitos, não como os adultos, mas são aplicadas as medidas socioeducativas previstas nos artigos 112 a 114 do ECA, para que haja tentativa do Poder Público em ressocializar, educar e ensinar esses jovens.

Por fim, conclui-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente é um garantidor dos direitos dos menores, possuindo grande relevância na efetividade do acesso à justiça aos seres que estão em processo de desenvolvimento mas por algum motivo cometem atos ilícitos, e ainda, é nítido que o ECA, em conjunto com o que prevê a Constituição Federal, visa resguardar os direitos humanos que esses menores tem direito, garantindo respeito e igualdade processual para esses jovens, que por vezes, graças ao acolhimento e trabalho multidisciplinar que as medidas socioeducativas oferecem, conseguem se ressocializar e serem reinseridos na sociedade para buscar uma vida digna e íntegra.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil**

**1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 de setembro de 2023. \_\_\_\_\_.

**BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 15 de setembro de 2023.

CONSULEX, **Revista Jurídica**, nº 193, p. 40, 31 de Janeiro de 2005.

CUSTÓDIO, André Viana. **Os novos direitos da criança e do adolescente.** Joaçaba:

Espaço Jurídico, v. 7, n. 1, jan./jun. 2006. p. 7-28. Disponível em: [http://](http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/8780/4819)

[editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/8780/4819](http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/8780/4819). Acesso 29 de agosto de 2023.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de menores**. APUD ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Editora Saraiva, 2009, p. 8.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 97

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?** 2a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.47.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentário ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 2022, p. 82.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, Raimundo Luiz Queiroga de. **O Menor infrator e a eficácia das medidas socioeducativas**. Disponível em: <file:///C:/Users/shara/Downloads/RAIMUNDO%20LUIZ%20QUEIROGA%20DE%20OLIVEIRA%20-%20TCC%20DIREITO%202003.pd>. Acesso em: 20 de agosto de 2023.

\_\_\_\_\_. NAÇÕES UNIDAS. Organização das Nações Unidas. **O que são os direitos humanos?** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 13 de setembro de 2023.

PAGANINI, Juliana. **O trabalho infantil no Brasil: uma história de exploração e sofrimento**. In: Amicus Curiae. v. 5.n.5(2008). 2011. Disponível em Acesso em: 27 de setembro de 2023.

ROVARON, M. **Os Ninguéns: institucionalização da infância e da adolescência no Brasil**. Revista Eletrônica Espaço Acadêmico, v. XX, p. 225-233, 2020.

SANTOS, B.R. **A cidadania de crianças e adolescentes**. São Bernardo do Campo: Editeo/Projeto Criança, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. UNICEF. United Nations International Children's Emergency Fund. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 13 de setembro de 2023.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão.** Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

## A EVOLUÇÃO DO DIREITO INFORMÁTICO NO BRASIL

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:** Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca (USAL), doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción (UAA), com título de doutorado reconhecido pela Universidade de Marília (UNIMAR/SP), mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción (UAA)<sup>17</sup>

**MARIA DO SOCORRO FREITAS DE BRITO**<sup>18</sup>

(coautora)

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um breve estudo sobre a evolução do direito informático no Brasil. A legislação e a evolução deste ramo do direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito informático; Legislação; Evolução; Brasil.

**ABSTRACT:** This article aims to succinctly make a brief study of the evolution of IT law in Brazil. Legislation and the evolution of this branch of law.

**KEYWORDS:** IT law; Legislation; Evolution; Brazil.

### INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, onde a tecnologia está cada vez mais presente em na vida das pessoas, é essencial compreender a importância do direito informático. Mas afinal, o que é essa área tão mencionada? Se faz necessário explorar, o surgimento, características e legislação relacionada.

O Direito Informático é um ramo do direito que se dedica a cuidar dos aspectos

---

<sup>17</sup> especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense (FAP) e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e Assessor de gabinete de Conselheira no Tribunal de Contas do Estado do Piauí (TCE/PI). E-mail: [benignonovo@hotmail.com](mailto:benignonovo@hotmail.com)

<sup>18</sup> Especialista em controle externo pela Universidade Federal do Piauí (UFPI), graduada em ciências contábeis pela Universidade Federal do Piauí (UFPI), graduada em licenciatura plena letras português pela Universidade Federal do Piauí (UFPI) e auditora do controle externo no Tribunal de Contas do Estado do Piauí (TCE/PI).

legais relacionados ao uso da tecnologia da informação. Ele abrange uma variedade de questões, como proteção de dados, crimes cibernéticos, propriedade intelectual e direitos de privacidade.

O surgimento do direito informático ocorreu na década de 1960, com o desenvolvimento dos primeiros computadores. Naquela época, percebeu-se a necessidade de estabelecer leis e regulamentos para lidar com questões jurídicas decorrentes do uso da tecnologia. Foi então que a área começou a se desenvolver, buscando compreender e regulamentar a relação entre a informática, o direito e a sociedade.

## **DESENVOLVIMENTO**

Uma das principais características do direito informático é sua constante evolução. A tecnologia está sempre avançando, trazendo consigo novos desafios e dilemas legais. Portanto, é fundamental que o direito informático acompanhe essas transformações e se adapte rapidamente. Isso exige que os profissionais da área estejam atualizados e se mantenham em constante aprendizado.

Em relação à legislação, cada país possui suas próprias leis relacionadas ao direito informático. O surgimento do direito informático no Brasil pode ser traçado até meados da década de 1990, quando começaram a surgir os primeiros debates sobre a necessidade de regulamentar as questões relacionadas à tecnologia da informação. Foi somente com a promulgação da Lei nº 9.609/1998, conhecida como a Lei do Software, que houve uma primeira tentativa de estabelecer regras para essa área. Com essa lei, foram estabelecidos os direitos e deveres dos usuários e desenvolvedores de software no país. No entanto, ela ainda era limitada e não abrangia todas as questões que envolviam o mundo digital.

A Lei de Direito Autoral (Lei nº 9.610/1998) é um conjunto de regras e normas que visam proteger os direitos dos criadores de obras intelectuais. Essas obras podem ser desde textos, músicas, fotografias, obras artísticas até softwares e filmes. O objetivo principal da lei é garantir que os criadores tenham o direito de controlar o uso e a reprodução de suas criações, recebendo, assim, o devido reconhecimento e recompensa financeira pelo seu trabalho.

A história do direito autoral remonta aos tempos antigos. Na Grécia e Roma antigas, por exemplo, já se fazia referência ao respeito aos direitos dos autores. No entanto, a primeira lei específica de direitos autorais surgiu na Inglaterra, no início do século XVIII. Conhecida como "Estatuto da Rainha Ana", essa lei oferecia proteção aos autores por um período de 14 anos. Ao longo do tempo, diversos países foram adotando leis semelhantes até que, em 1886, foi assinada a Convenção de Berna, um tratado internacional que estabeleceu padrões mínimos para a proteção dos direitos autorais.

O objetivo da lei é de conceder ao autor o direito exclusivo de utilizar, publicar, reproduzir, adaptar, distribuir e comercializar sua obra. Porém, existem algumas exceções e limitações que permitem o uso de obras protegidas sem a necessidade de autorização do autor. Por exemplo, é permitido fazer citações de trechos de um livro em uma resenha, ou utilizar a obra de outro autor como base para criar uma nova obra (chamado de "fair use" ou "uso justo").

A Lei de Direito Autoral também estabelece prazos de proteção para as obras. No Brasil, por exemplo, a proteção dura até 70 anos após a morte do autor. Após esse período, a obra entra para o domínio público, ou seja, qualquer pessoa pode utilizá-la livremente, sem necessidade de permissão ou pagamento.

É importante ressaltar que o direito autoral também possui suas limitações e implicações. A pirataria, por exemplo, é um grande desafio enfrentado pelos governos e pela indústria criativa. A utilização não autorizada de obras protegidas pode causar prejuízos financeiros e diminuir o incentivo para a criação de novas obras.

No Brasil, a Lei Carolina Dieckmann, também conhecida como Lei nº 12.737/2012 ou Lei Carolina Dieckmann de Crimes Digitais. Ela entrou em vigor em abril de 2013 e tem como objetivo criminalizar a invasão de dispositivos e sistemas eletrônicos, bem como a divulgação não autorizada de dados e imagens pessoais.

Mas como essa lei funciona? A partir de sua criação, crimes como a invasão de privacidade, a posse não autorizada de arquivos digitais pessoais e a divulgação de informações sensíveis sem consentimento passaram a ser punidos com penas que podem variar de detenção de três meses a dois anos, além do pagamento de multas. Outro ponto importante é que a Lei Carolina Dieckmann também prevê a responsabilização do provedor de serviços de internet, caso ele não tome as medidas necessárias para bloquear o acesso a conteúdo ilegais. Isso significa que tanto o invasor quanto aqueles que podem facilitar o compartilhamento de informações pessoais podem ser responsabilizados criminalmente.

Como em qualquer legislação, é necessário avaliar a aplicabilidade e efetividade dessa lei ao longo dos anos. A tecnologia avança rapidamente e os crimes digitais também se adaptam e evoluem. Portanto, é fundamental que a legislação seja atualizada constantemente para continuar a combater efetivamente esses delitos.

A Lei Carolina Dieckmann teve seu surgimento a partir de um caso pessoalmente traumático para a atriz. Ela busca prover uma proteção legal para os cidadãos, criminalizando invasões e divulgações não autorizadas de dados e imagens pessoais. Contudo, é preciso estar atento às constantes mudanças e avanços tecnológicos para

assegurar a eficácia da lei.

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) representa um marco importante na evolução do direito informático no Brasil. Ele estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no país. Além disso, também aborda questões relacionadas à proteção de dados pessoais, neutralidade da rede e responsabilidade dos provedores de serviços.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) ou Lei nº 13.709 surgiu em 2018, mas só entrou em vigor em setembro de 2020. Ela foi inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), que estabelece diretrizes semelhantes na Europa. A partir do surgimento da GDPR, diversos países ao redor do mundo começaram a se movimentar para criar suas próprias legislações de proteção de dados, e o Brasil seguiu o mesmo caminho.

E como exatamente funciona a LGPD? Bom, em resumo, ela estabelece que as empresas devem obter o consentimento explícito dos usuários para coletar, armazenar e utilizar seus dados pessoais. Além disso, as empresas precisam ser transparentes e informar claramente quais são as finalidades para as quais os dados serão utilizados.

Outro ponto importante da LGPD é o direito de acesso do usuário. Isso significa que, a qualquer momento, o usuário poderá solicitar que uma empresa informe quais informações ela possui sobre aquele usuário e como elas estão sendo utilizadas. Além disso, o usuário tem o direito de solicitar a exclusão dessas informações, caso considere necessário.

A LGPD também estabelece sanções e penalidades para empresas que não cumprirem as suas diretrizes. As multas podem chegar a até 2% do faturamento da empresa, limitadas a um valor máximo de 50 milhões de reais por infração. Essas penalidades buscam incentivar as empresas a agirem de acordo com as regras, garantindo que a privacidade e a segurança dos dados sejam levadas a sério.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é uma importante regulamentação que tem como objetivo proteger informações pessoais. Ela surgiu com a intenção de garantir maior controle e transparência no tratamento de dados pelas empresas. É fundamental o conhecimento sobre os direitos, obrigações e que se conheça a legislação para poder exercê-los sempre que necessário. Afinal, os dados dos usuários merecem ser protegidos.

## **CONCLUSÃO**

É essencial que se tenha ciência das leis relacionadas ao Direito Informático e que se faça uso adequado das tecnologias. Isso implica em respeitar a privacidade dos outros, não infringir direitos autorais, não difamar ou prejudicar outros através da internet e estar

ciente das implicações legais dos atos online.

O Direito Informático é uma área em constante crescimento, que busca regulamentar as questões jurídicas relacionadas ao uso da tecnologia. Com sua evolução constante e a adaptação à medida que a tecnologia avança, o direito informático desempenha um papel crucial na proteção dos direitos individuais e no estabelecimento de um ambiente digital seguro para todos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.** Lei do Software. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9609.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm)>. Acesso em: 03 de jan. de 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Lei de Direito Autoral. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)>. Acesso em: 03 de jan. de 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Lei Carolina Dieckmann. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm)>. Acesso em: 03 de jan. de 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Lei do Marco Civil da Internet. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 03 de jan. de 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em: 03 de jan. de 2024.

## FEDERALISMO BRASILEIRO: CONFLITO DE COMPETÊNCIAS E O STF

**LARA NASCIMENTO MAGALHÃES:** advogada na área de contencioso cível desde 2016. Graduada em Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro em 2016. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes em 2018 <sup>19</sup>

**Resumo:** O presente artigo apresenta o conceito, a origem e as principais características do federalismo brasileiro. Após enumerar tais elementos, o trabalho analisa a posição do Supremo Tribunal Federal quando provocado a se manifestar sobre conflitos de competências entre os entes federados e os critérios por ele adotados a fim de dirimi-los.

**Palavras-chave:** Constitucional. Federalismo. Conflito de Competência.

### 1.Introdução

O federalismo brasileiro tem como uma de suas principais características a repartição constitucional de competências entre os entes federados. A importância da matéria se revela como cláusula pétrea da República Federativa do Brasil, consoante disposto no art. 60, §4º, inciso I da Constituição da República.

Não raro o Supremo Tribunal Federal é constantemente provocado a se manifestar acerca de potenciais conflitos de competência entre a União, Estados, DF e Municípios. Isso porque, muito embora a carta constitucional apresente um rol, a princípio, bem delineado de competências afetas a cada ente, certo é que há uma zona cinzenta em determinados assuntos que necessitam de uma posição da Suprema Corte.

Desse modo, considerando a relevância da matéria, o objetivo desse trabalho é apresentar quais os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal quando da resolução desses conflitos.

### 2.Conceito e origem

O federalismo consiste na forma de organização do Estado dentro de um determinado território. Em outras palavras, cuida-se uma modelo de repartição de poderes entre entes federados dotados de autonomia política, administrativa e financeira.

---

<sup>19</sup> Email: laraanm@hotmail.com

Em breve síntese, o primeiro modelo de federalismo teve origem nos Estados Unidos da América (EUA). Por esse modelo, conhecido como federalismo por agregação ou modelo centrípeto, as 13 colônias abriram mão de sua soberania em prol de um ente central, remanescendo em seu favor apenas a autonomia.

Nesse sentido, importante diferenciar o conceito de soberania do conceito de autonomia. Jean Bodin conceitua soberania como um poder absoluto e ilimitado, puramente político, não se sujeitando a qualquer tipo de limitação de ordem jurídica. Por outro lado, a autonomia seria um poder concedido e delimitado pela Constituição Federal, isto é, criado pelo direito e por ele limitado.

O federalismo brasileiro ocorreu por um processo de desagregação (centrífugo), em que o ente central abriu mão de sua soberania, reconhecendo autonomia aos entes periféricos e, por conseguinte, fortalecendo-os.

Além disso, o modelo brasileiro é tripartite, ou seja, um modelo de federalismo peculiar por possuir três níveis: a União, os Estados e os Municípios. Registra-se que os entes federados não são soberanos no plano interno, cabendo a soberania apenas a República Federativa do Brasil.

### **3. Características do federalismo**

A doutrina elenca diversas características do Federalismo, dentre elas, pode-se citar cinco principais: (i) autonomia política; (ii) repartição constitucional de competências; (iii) participação dos estados membros na formação da vontade nacional; (iv) indissolubilidade do pacto federativo e; (v) unidade geográfica.

A autonomia política possui quatro elementos, sendo eles, o autogoverno, a autoconstituição, autoadministração e autonomia financeira. O autogoverno consiste no poder dos cidadãos de eleger seus próprios representantes dentro de um ente federado. Ao passo que a autoconstituição diz respeito a possibilidade de cada ente criar sua própria estrutura interna por meio da elaboração de sua própria constituição. Já a autoadministração é a capacidade do ente federativo de gerir seu próprio pessoal, além da capacidade de prestar serviços públicos que estejam inseridos dentro de sua competência. Por fim, a autonomia financeira é um pressuposto fático das demais dimensões da autonomia.

A previsão constitucional de partilha de competências é uma garantia fundamental do modelo de federalismo adotado pelo Brasil, preservando a autonomia dos entes federados, de modo a delinear as competências que lhe são afetas, sob pena de

inconstitucionalidade por eventual usurpação de competência de um ente para com o outro.

Já a participação dos estados membros na formação da vontade nacional ocorre por meio do Senado Federal, de composição paritária (art. 46, §1º da CRFB/88). Desse modo, os estados participam na edição das leis.

A indissolubilidade do pacto federativo, por sua vez, está expressamente prevista no art. 1º, caput, da Constituição Federal, complementada pela vedação à secessão, sob pena intervenção federal (art. 34, I, da CRFB/88).

Não obstante a existência de um território nacional único na federação, a unidade territorial geográfica é também uma característica do federalismo. Nesse sentido, há a necessidade de uma nítida divisão geográfica entre os entes federativos a fim viabilizar o exercício de suas autonomias sem afetar as dos demais.

#### **4. Modelos de federalismo**

A doutrina destaca, sobretudo, três modelos de federalismo: (i) o federalismo dual; (ii) o federalismo por cooperação; (iii) o federalismo assimétrico e simétrico.

O federalismo dual é o clássico modelo norte-americano. Cuida-se de um importante instrumento do constitucionalismo liberal, objetivando a limitação do poder do Estado através de uma divisão de competências privativas e exclusivas entre os entes federados.

No modelo original norte-americano, a União possui competências expressamente enumeradas, enquanto os Estados possuem competências residuais ou remanescentes. Nesse caso, ao contrário do que ocorre no Brasil, a União detêm um rol de competência pequeno quando comparado aos Estados.

Ressalta-se que o Brasil adotou o modelo do federalismo dual desde a Constituição da República de 1891, apesar de algumas peculiaridades. Na Constituição Federal de 1988, os art. 21 e 22 dispõem acerca de tais competências privativas e exclusivas.

O federalismo por cooperação, por outro lado, adota a lógica das competências comuns e concorrentes. Nesse cenário, determinadas matérias serão atribuídas a todos os entes federados.

O modelo de federalismo cooperativo funda-se na ideia do constitucionalismo social, isto é, os entes buscam unir esforços para atingir fins comuns, tais como a prestação de serviços de saúde, educação, previdência social, alimentação, moradia, entre outros.

Destaca-se que o Brasil também adota o modelo de federalismo cooperativo desde a Constituição Federal de 1934. Logo, a melhor doutrina ensina que o Brasil adota um federalismo híbrido, ou seja, adota ambos os modelos acima supracitados.

Importante destacar, ainda, o modelo de federalismo assimétrico e simétrico. Nesse ponto, todo federalismo pode ser caracterizado como assimétrico, tendo em vista ser o pluralismo e a diversidade características que lhe são inerentes. Contudo, quando o nível de assimetria é baixo, estar-se-ia diante de um federalismo simétrico.

Há a assimetria material no que tange à diversidade cultural, linguística, social e econômica, como também a assimetria jurídica no que diz respeito a repartição de competências entre os entes federados.

O federalismo brasileiro é considerado como materialmente assimétrico. Já no aspecto jurídico caracteriza-se como simétrico, uma vez que a Constituição Federal confere o mesmo tratamento jurídico a todos os entes federados.

## **5. Repartição de competência na Constituição Federal de 1988 e o STF**

No intuito de dirimir conflitos de competências entre os entes federados, o Supremo Tribunal Federal e a doutrina estabeleceram alguns critérios a serem considerados à luz da Constituição Federal de 1988. É possível delinear três principais critérios, como restará demonstrado.

O primeiro critério de resolução de conflitos, também conhecido como critério central de divisão de competências, é o da predominância de interesses. Sendo assim, quando o interesse for de abrangência nacional, a competência será da União; quando for interesse regional, a competência será do Estado; e quando for interesse local, a competência será do Município.

O segundo critério foi desenvolvido pela Suprema Corte norte-americana e adotada pelo STF, conhecido como a "teoria dos poderes implícitos". Por essa teoria, quando a constituição expressamente atribui uma competência a um determinado ente, ela implicitamente também lhe atribui as competências necessárias para realiza-la.

Já o terceiro critério é o princípio da subsidiariedade, consistindo em uma técnica adotada pela União Europeia. Cuida-se de um método que tem por objetivo prestigiar as competências dos entes menores, no qual a competência só é concedida a um ente maior quando o ente menor não tiver condições de bem exercê-la.

Frisa-se que o princípio da subsidiariedade está atrelado a ideia de laboratório legislativo, ou seja, quanto mais perto da sociedade o poder for exercido, maior será a

referibilidade da vontade popular, assim como a sua participação no que tange à fiscalização.

O Supremo Tribunal Federal adota os critérios supramencionados em diversos de julgados, como por exemplo:

Ementa: COSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI ESTADUAL 23.797/2021 DE MINAS GERAIS. SANEAMENTO BÁSICO. ISENÇÃO DE TARIFA. SERVIÇOS DE **INTERESSE LOCAL**. COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS. CONTRATO DE CONCESSÃO. EQUILÍBRIO ECONÔMICOFINANCEIRO. 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da **predominância** do **interesse**. 2. A Constituição Federal de 1988, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da **predominância** do **interesse**, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos – União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios – e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I). 3. As competências municipais, dentro dessa ideia de **predominância** de **interesse**, foram enumeradas no art. 30 da Constituição Federal, o qual expressamente atribuiu aos Municípios a competência para legislar sobre assuntos de **interesse local** (art. 30, I) e para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II). 4. Lei estadual que atribui ao Poder Executivo estadual a faculdade de isentar o pagamento de tarifas de saneamento básico incorre em violação aos arts. 23, IX; 21, XX e 30, I e V da Constituição Federal. 5. É da essência da regulação setorial a autonomia das agências para a definição dos valores de tarifas, observados os termos e a juridicidade do contrato subjacente. Precedentes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 6912, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Julgamento em 16/08/2022, Publicação em 22/08/2022 – destaque nosso)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 5.517/2009 DO RIO DE JANEIRO. PROIBIÇÃO DO USO DE PRODUTOS FUMÍGENOS EM

AMBIENTES DE USO COLETIVO. EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA COMPETÊNCIA DOS ESTADOS PARA SUPLEMENTAREM A LEGISLAÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria. 2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores, é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior. Nos conflitos sobre o alcance das competências dos entes federais, deve o Judiciário privilegiar as soluções construídas pelo Poder Legislativo. 3. A Lei fluminense n. 5.517, de 2019, ao vedar o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, não extrapolou o âmbito de atuação legislativa, usurpando a competência da União para legislar sobre normas gerais, nem exacerbou a competência concorrente para legislar sobre saúde pública, tendo em vista que, de acordo com o federalismo cooperativo e a incidência do **princípio da subsidiariedade**, a atuação estadual se deu de forma consentânea com a ordem jurídica constitucional. 4. Depreende-se que a Lei Federal 9.294/1996, ao estabelecer as normas gerais sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, ao dispor acerca da possível utilização em área destinada exclusivamente para este fim, não afastou a possibilidade de que os Estados, no exercício de sua atribuição concorrente de proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CRFB) estipulem restrições ao seu uso. Ausência de vício formal. 5. A livre iniciativa deve ser interpretada em conjunto ao princípio de defesa do consumidor, sendo legítimas as restrições a produtos que apresentam eventual risco à saúde. Precedente. É dever do agente econômico responder pelos riscos originados da exploração de sua atividade. 6. Ação direta julgada improcedente. (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 4306, Relator Ministro Edson Fachin, Julgamento em 20/12/2019, Publicação em 19/02/2020 – destaque nosso)

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 10.995/2001 DE SÃO PAULO. INSTALAÇÃO DE ANTENAS TRANSMISSORAS DE TELEFONIA CELULAR. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES. NORMA ESTADUAL EDITADA NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA ESTADUAL DE PROTEÇÃO À SAÚDE. LEI FEDERAL QUE CLARAMENTE REGULAMENTA A MATÉRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA. 1. **Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (presumption against preemption).** 2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, **se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (clear statement rule), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior.** 3. A União, no exercício de suas competências (art. 21, XI e art. 22, IV CRFB), editou a Lei 9.472/1997, que, de forma nítida, atribui à Anatel a definição de limites para a tolerância da radiação emitida por antenas transmissoras. 4. A União, por meio da Lei 11.934, fixou limites proporcionalmente adequados à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos. Precedente. 5. Dessa forma, a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, legislarem sobre seus respectivos interesses (presumption against preemption) foi nitidamente afastada por norma federal expressa (clear statement rule) 6. É inconstitucional a Lei n. 10.995/2001 do Estado de São Paulo, pois, a pretexto de proteger a saúde da população, disciplinando a instalação de antenas transmissoras de telefonia celular, adentrou na esfera de competência privativa da União. 7. Ação direta julgada procedente. (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 3110, Relator Ministro Edson Fachin, Julgamento em 04/05/2020, Publicação em 10/06/2020 – destaque nosso)

Isso posto, é possível extrair dos julgados colacionados a posição do Supremo Tribunal Federal quando instado a se manifestar acerca do conflito de competências entre

entes federados. Depreende-se os critérios definidos nesse tópico, sobretudo, a predominância de interesses e o princípio da subsidiariedade.

## **6.Considerações finais**

Da análise do presente artigo, é possível se depreender que o modelo de federalismo adotado pelo Brasil almeja privilegiar a autonomia e a independência dos entes federados. Contudo, ainda há uma inegável centralização de competências em prol do ente maior, a União.

Em regra, a Suprema Corte afirma que se deve prestigiar a autonomia dos entes locais quando a norma geral existente deixa um espaço a ser regulamentado. Para tanto, o STF utiliza os critérios da predominância de interesses, a teoria dos poderes implícitos e o princípio da subsidiariedade para se chegar a uma decisão.

Com efeito, os critérios adotados, embora sejam utilizados com o objetivo de criar uma segurança quando da tomada de decisão, ainda possuem um conceito aberto e abstrato, fazendo com que as análises dos casos concretos sejam casuísticas.

### **Referências Bibliográficas:**

Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Ed. Saraiva, 2023.

Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Ed. Saraiva, 2018.

Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo. Ed. Saraiva, 2018.

Barcellos, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2018.

Site do Supremo Tribunal Federal: <https://portal.stf.jus.br/>

## **A PERSISTÊNCIA INCONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A MANUTENÇÃO DE TAXAS INCONSTITUCIONAIS NO IPTU E SEUS IMPACTOS NOS CONTRIBUINTES VULNERÁVEIS.**

**JOÃO VITOR ROSSI:** Advogado, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Araraquara, graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino e em Administração pela Universidade de Uberaba<sup>20</sup>

**RESUMO:** Crítica ao Fisco Municipal que insiste em manter a cobrança de taxas vinculadas à propriedade imobiliária e ao carnê do IPTU declaradas inconstitucionais pelo Supremo por meio da Repercussão Geral, o que prejudica e onera ilegalmente os contribuintes mais vulneráveis. A pesquisa foi realizada em doutrinas jurídicas da área e precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

### **1. INTRODUÇÃO.**

O presente trabalho objetiva criticar a postura de alguns Municípios que estão mantendo a cobrança de taxas vinculadas no carnê do IPTU e que violam temas decididos pelo Supremo há anos pela sistemática da Repercussão.

Tal crítica é necessária porque a prática, além de inconstitucional, prejudica os contribuintes menos abastados, donos de um único imóvel popular, que pagam as taxas e não possuem recursos para identificar a abusividade e leva-la ao Poder Judiciário.

### **2. DA REPERCUSSÃO GERAL E DO CONCEITO DE TAXA.**

O Supremo Tribunal Federal por inúmeras vezes decidiu por meio da sistemática da Repercussão Geral a respeito da inconstitucionalidade de algumas taxas de serviços cobradas no carnê do IPTU, que é pago pelos proprietários ou ocupantes dos imóveis urbanos espalhados pelo Brasil.

As decisões do Supremo proferidas pela sistemática da Repercussão Geral devem ser seguidas por todos os magistrados, tratando-se de um importante instrumento para trazer segurança jurídica e pacificação social em matérias de grande impacto social, financeiro e processual (temas com várias ações protocoladas sobre o assunto), vejamos:

---

<sup>20</sup> E-mail [joaovitorrossi@adv.oabsp.org.br](mailto:joaovitorrossi@adv.oabsp.org.br)

Em função do elevado número de ações tratando da mesma matéria cada vez mais as cortes superiores têm eleito *leading cases* sobre matérias tributárias, os quais são julgados sob o manto do Recurso Repetitivo ou da Repercussão Geral. Trata-se de medida salutar, pois uniformiza-se a jurisprudência, aumentando a segurança jurídica e a celeridade de novas demandas no mesmo sentido. (DALLEGRAVE, 2021, p. 141).

Antes de aprofundarmos, é relevante lembrarmos que as taxas de serviços devem ser cobradas somente sobre os serviços públicos específicos e divisíveis, não sendo constitucional a sua exigência nos de caráter geral (não específicos e não divisíveis), vejamos o que nos explica a doutrina tributária:

Os serviços públicos *uti universi* (inespecíficos e indivisíveis) não podem ser taxados nem dados em concessão porque sua prestação cria vantagens com custos insuscetíveis de quantificação para cada usuário. São serviços que favorecem difusa e indistintamente toda a coletividade. Não há como definir um valor justo para a cobrança. Sua remuneração por meio de taxa violaria o caráter contraprestacional dessa espécie de tributo. (MAZZA, 2017, p. 163).

Em relação aos conceitos de divisibilidade e especificidade, ressalta-se que as taxas devem ser cobradas quando se pode identificar e apurar o contribuinte que está utilizando o serviço, ou seja, individualiza-lo e destacá-lo dos demais. Sobre o tema, Hugo Brito Machado, leciona o seguinte:

A taxa é uma espécie de tributo vinculado a uma atividade estatal específica em relação ao contribuinte, ou seja, a um serviço público. O valor pago é a contraprestação do contribuinte ao Estado, pelo serviço que este lhe presta. A atuação estatal que constitui fato gerador da taxa há de ser relativa ao sujeito passivo desta, e não à coletividade em geral. Por isto mesmo o serviço público cuja prestação enseja a cobrança de taxa há de ser específico e divisível, posto que somente assim será possível verificar-se uma relação entre estes serviços e o obrigado ao pagamento da taxa.

Assim, pode-se assentar que as taxas são instituídas para financiar o serviço público e cobradas em razão da disponibilidade ou utilização das conveniências prestadas pela administração, levando-se em

conta a divisibilidade e efetividade dos serviços prestados. (CARDOSO, 2020, p. 46).

Neste artigo vamos listar várias taxas não específicas e não divisíveis que já foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo por meio de Repercussão Geral há anos e que em pleno ano de 2023/2024 estão sendo objeto de questionamento no Poder Judiciário, o que, com a devida vênia, entendo ser um abuso, principalmente para os contribuintes mais vulneráveis e com menos recurso financeiro.

Deve ser destacado, antes de apontar quais são essas taxas, que as cobranças ora expostas são pagas na sua maioria pelos cidadãos menos abastados, que só possuem um único imóvel e muitas vezes esse se enquadra nos conceitos de moradia popular.

Tais contribuintes, infelizmente, possuem recursos limitados e não têm fácil acesso a um advogado tributarista, sendo prejudicados demasiadamente pelo Fisco, pois o que ganham gastam com a subsistência e para não perderem o imóvel onde moram pagam tudo o que lhes é exigido sem questionar nas vias adequadas.

### **3.DAS TAXAS INCONSTITUCIONAIS COBRADAS NO CARNÊ DO IPTU E DAS AÇÕES DISTRIBUÍDAS ENTRE 2022 E 2023.**

Feito o comentário acima, parte o presente artigo para a primeira taxa aqui questionada. O STF já decidiu no Tema 146 que a Taxa de Limpeza Pública, cujo fato gerador envolve a limpeza ou a conservação dos logradouros públicos, fere o art. 145, II da Constituição, pois trata-se de serviço público de caráter geral, ou seja, não específico e indivisível.

No mesmo sentido do Supremo, é assente na própria doutrina especializada em direito tributário que a taxa cobrada pela limpeza ou conservação dos logradouros públicos é de caráter geral, não sendo constitucional, para melhor fundamentar cito as palavras do professor Francisco Leite Duarte:

Dessa forma, se a limpeza é de logradouros públicos, o serviço seria indivisível e por essa razão a taxa assentada sobre tal serviço seria manifestamente inconstitucional. (DUARTE, 2019, p. 124).

No entanto, não raramente, compulsando a jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, notamos que em 2023 a constitucionalidade da taxa ora estudada foi palco de discussão por meio ações judiciais protocoladas naquele mesmo ano e em 2022, assim demonstrando que temos Municípios exigindo um tributo declarado inconstitucional pelo STF há anos, o que é um absurdo, vejamos:

MUNICÍPIO DE JALES – CONTRIBUIÇÕES DE SANEAMENTO BÁSICO – INSTITUIÇÃO SOBRE SERVIÇOS RELACIONADOS À CONSERVAÇÃO E LIMPEZA DE LOGRADOUROS PÚBLICOS E À LIMPEZA URBANA EM GERAL – SERVIÇOS CONSIDERADOS GERAIS, UNIVERSAIS E INDIVISÍVEIS – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE TAXA, A TEOR DO ART.145, II DA CF/88 – TAXA DO LIXO – SERVIÇO QUE ADMITE A COBRANÇA DE TAXA – BASE DE CÁLCULO PROGRESSIVA QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA RETRIBUTIVIDADE – PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO DO FEITO QUE NÃO MERECE ACOLHIMENTO – RECURSO INOMINADO IMPROVIDO. (TJSP, RI n. 1003479-63.2023.8.26.0297, DJE: 03/10/2023 – processo distribuído em 11/04/2023).

Fazenda Pública. Ação Declaratória de inexistência de relação jurídico tributária. Taxas de conservação de vias e logradouros e taxa de limpeza pública. Inconstitucionalidade. Repetição do indébito. Possibilidade de comprovação dos pagamentos ao apresentar cálculos de liquidação. (...) (TJSP, RI n. 1008015-39.2022.8.26.0302; DJE: 30/06/2023 – processo distribuído em 25/08/2022).

Esse tipo de cobrança, respeitando opiniões em sentido contrário, prejudicam a população mais carente, pois são realizadas via carnê do IPTU, o contribuinte com menores recursos financeiros e dono de uma única casinha paga o tributo indevido temendo perder o seu lar e infelizmente não tem recursos para contratar advogados tributaristas para combater os abusos da municipalidade.

E a taxa de limpeza e/ou conservação dos logradouros públicos não é a única abusividade, temos igualmente a cobrança da taxa de expediente visando custear a emissão do carnê do IPTU, o que viola o Tema 721 do STF em Repercussão Geral.

Igualmente encontramos decisões dos anos de 2023 e 2022 para processos distribuídos nos mencionados anos declarando a taxa de expediente inconstitucional, cito do Tribunal de Justiça de São Paulo:

RECURSO INOMINADO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE ADOLFO. Taxa de expediente e taxa de serviço de limpeza urbana, previstas na LCM n. 2/2001. É inconstitucional a instituição de taxa de expediente. Tema n. 721 de Repercussão Geral. É igualmente inconstitucional a instituição de taxa de serviço de limpeza urbana, por faltar-lhe os requisitos de especificidade e divisibilidade. Sentença de parcial procedência mantida. Recurso não provido.

(TJSP, RI n. 1001716-97.2023.8.26.0306; DJe: 06/11/2023 – distribuído em 30/05/2023).

Taxa de Expediente e Limpeza Pública. Município de Adolfo. Cobrança Indevida diante da não correspondência do custo em relação à atividade exercida pelo Poder de Polícia. Manifesta ilegalidade constatada - Inobservância dos requisitos da especificidade e divisibilidade - Taxa de Expediente - Cobrança Indevida diante da ausência de contraprestação ao contribuinte Sentença mantida por seus próprios fundamentos Recurso desprovido." (TJSP; RI n. 1001262-20.2023.8.26.0306, DJE: 31/10/2023 – distribuído em 26/04/2023).

Recurso Inominado. Taxa de expediente e taxa de manutenção de acesso a imóvel urbano. Município de José Bonifácio/SP. Inconstitucionalidade. Emissão de carnês e documentos afins não configura prestação de serviço, mas sim instrumento de interesse da Administração para o recolhimento dos tributos - Tema 721 de repercussão geral. Manutenção de vias públicas, calçadas e meio-fio é serviço universal e indivisível que se assemelha à limpeza pública e é impassível de ser objeto de taxa – Tema 146 de repercussão geral. Precedentes deste E. TJSP. Sentença de procedência mantida. Recurso improvido. (TJSP, RI n. 1001668-75.2022.8.26.0306, DJE: 01/09/2022 – distribuído em 02/06/2022).

Novamente visualizamos Municípios cobrando taxas inconstitucionais dos proprietários de imóveis, tal ato onera demasiadamente a população mais carente, que paga a taxa de expediente inconstitucional temendo perder o seu maior bem e acaba não questionando judicialmente os valores pagos por algo que sequer serviço é (emissão de boleto).

Portanto, considerando o aqui estudado, causa espanto o fato de existir Municípios cobrando em momentos recentes taxas declaradas inconstitucionais há praticamente uma década, tal postura onera o cidadão de baixa renda e detentor de único imóvel, causando prejuízo no seu orçamento destinado à subsistência.

### **3.CONCLUSÃO.**

Diante do exposto, considerando os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo somados ao fato de os processos terem sido protocolados em 2023 e 2022, temos que há Municípios cobrando taxas há anos declaradas inconstitucionais pelo Supremo.

Além do tributo violar a Constituição e o entendimento firmado pelo STF em Repercussão Geral, o fato da cobrança ser vinculada aos carnês de IPTU colocam os contribuintes em uma situação mais delicada, pois se não pagarem o tributo inconstitucional poderão ser executados e perder o imóvel conforme previsão na Lei 8.009/1990 (art. 3, IV).

Em tese, o cidadão vítima dessas arbitrariedades nos dias atuais somente se verá livre desse abuso por meio de ação judicial, caso não pague poderá sofrer execução fiscal e penhora, conforme já explicado.

Como sabemos a população mais abastada costuma ter advogados tributaristas e questionam o tributo com maior facilidade e acompanhamento técnico.

No entanto, quando olhamos para o cidadão vulnerável, esse geralmente não tem recursos para pagar um advogado tributarista, a informação sequer chega ao seu conhecimento e ele paga sem questionar o débito temendo perder o único imóvel.

Assim sendo, o presente trabalho defende que a manutenção dessas cobranças prejudica demasiadamente o contribuinte mais pobre, que sofrerá o maior impacto dessa tributação indevida, pois os seus recursos são limitados, muitos desconhecem o seu direito e outros sequer acesso a um advogado tributarista tem.

Por isso, os Municípios que insistem na cobrança devem cessá-las o quanto antes e aplicar de uma só vez o que já restou pacificado no Supremo, abandonando as cobranças inconstitucionais e que somente prejudicam os contribuintes mais pobres.

## **REFERÊNCIAS.**

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Recurso Inominado Cível 1001262-20.2023.8.26.0306, Relator (a): Eduarda Maria Romeiro Corrêa, Data do Julgamento: 31/10/2023, T6 - SEXTA TURMA RECURSAL DE FAZENDA PÚBLICA, Data de Publicação: 31/10/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Recurso Inominado Cível 1001668-75.2022.8.26.0306; Relator (a): Marcos Vinicius Krause Bierhalz, Data do Julgamento: 01/09/2022, T4 – QUARTA TURMA CÍVEL, Data de Publicação: 01/09/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Recurso Inominado Cível 1003479-63.2023.8.26.0297, Relator (a): Rodrigo Ferreira Rocha, Data do Julgamento: 03/10/2023, T3 – TERCEIRA TURMA CÍVEL E CRIMINAL; Data de Publicação: 03/10/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Recurso Inominado Cível 1001716-97.2023.8.26.0306, Relator (a): Antonio Carlos de Figueiredo Negreiros, Data do Julgamento: 06/11/02023, T8 – OITAVA TURMA RECURSAL DE FAZENDA PÚBLICA, Data de Publicação: 06/11/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Recurso Inominado Cível 1008015-39.2022.8.26.0302, Relator (a): Mauricio Martines Chiado, Data do Julgamento: 30/06/2023, T3 – TERCEIRA TURMA CÍVEL E CRIMINAL, Data de Publicação: 30/06/2023.

CARDOSO, Lorena Pinto. **A inconstitucionalidade da cobrança da taxa de incêndio.** Direito Izabela Hendrix, v. 25, n. 25, novembro de 2020.

DALLEGRAVE, Giovanni Sturmer. **A regulamentação de Leading cases pelo fisco.** Compêndio de Contabilidade e Direito Tributário, v. 2, Lumen Juris, 2021.

DUARTE, Francisco Leite. **Direito Tributário Teoria e Prática.** 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Tributário.** 3 Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

## A INFLUÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

**MATHEUS EURICO BORGES CARNEIRO:**

Graduação em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione - FACDO (2018), Pós-graduação em Direito Constitucional (2020) e Penal e Processual Penal (2020) pela Faculdade Única de Ipatinga - GM<sup>21</sup>.

**RESUMO:** Este trabalho teve como proposta o estudo da influência exercida pelo direito internacional sob a ordem jurídica brasileira. Procurou-se analisar os principais compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito externo que, de alguma forma, influenciaram na elaboração de leis, na instituição de políticas públicas, na interpretação e aplicação pela jurisprudência, seja pela ótica do controle difuso ou pela aplicação do concentrado de convencionalidade. Os resultados trazidos demonstram a importância da cooperação jurídica internacional entre os Estados para a tutela dos direitos humanos. Será evidenciado que esta proteção se dá não somente em virtude da celebração de tratados, mas também por decisões internacionais e recomendações, a exemplo daquelas emanadas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Portanto, torna-se imprescindível a atuação dos atores internacionais como forma de incrementar a aplicabilidade dos direitos humanos, paulatinamente, na ordem jurídica do país.

**Palavras-chave:** Direito Internacional. Tratados. Influência. Cortes Internacionais. Brasil.

### 1. INTRODUÇÃO

Quando se fala em cooperação internacional para proteção dos direitos humanos, é importante ter em mente que os laços internacionais formados pelos Estados, nesse segmento, são recentes, considerando que até o início do século XX as normas internacionais sobre este tema eram bastante esparsas.

Entretanto, em razão dos desastres ocorridos na Segunda Mundial (1939 a 1945) e como resposta à barbárie nazista, foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU (1945), na Conferência de São Francisco que estabeleceu, ademais, o respeito universal dos direitos humanos para todos (Art. 55, “c”).

A partir daí há efetivo aumento nos laços internacionais e o surgimento, segundo a doutrina, de pelo menos três eixos de proteção aos direitos e garantias fundamentais no âmbito jurídico internacional. Ramos (2019, p. 155) destaca o seguinte:

A proteção dos direitos essenciais do ser humano no plano internacional recai em três sub-ramos específicos do Direito Internacional Público: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR).

---

21 E-mail: matheuseurico\_008@hotmail.com

Como fruto desse liame, passou a existir, além do Sistema Universal (ONU) também o Sistema Regional Americano de proteção dos direitos humanos, com a criação da Organização dos Estados Americanos – OEA (1948). Instituíram-se mecanismos de proteção, a exemplo da Corte Internacional de Justiça – CIJ, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH.

Considerando que os Estados se associaram para atingir objetivos comuns, foram celebrados acordos relacionados aos mais diversos temas: abolição da escravatura, repressão ao genocídio, justiça de transição, proteção aos refugiados, repulsa à utilização de tortura, tráfico de pessoas, proteção aos direitos das crianças, erradicação da violência contra as mulheres, regras mínimas para tratamento dos presos, dentre outros infindáveis temas.

Após o estabelecimento no papel, dos direitos, buscaram-se meios para o gradual estabelecimento das medidas no âmbito interno de cada país. Diante disso, foram criados instrumentos para proteger, monitorar e fiscalizar a aplicação dos compromissos internacionais, tais como os conselhos, os comitês, os comissariados, a revisão periódica universal, dentre outros procedimentos.

No Brasil, os tratados podem ter as seguintes forças normativas: (a) lei ordinária, se tratados comuns; (b) norma especial, em relação à matéria tributária; (c) norma supralegal, se relativos a direitos humanos; ou (d) emenda constitucional, ao se tratar de direitos humanos e ser aprovado pelo rito do art. 5º, §3º da CF/88.

Aqui será destacado como tais compromissos influenciaram, positivamente, a ordem jurídica nacional. Na busca dos objetivos propostos utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, através de materiais já publicados na literatura, além de normas e jurisprudência. O texto final fundamentou-se nas ideias de autores como Ramos (2019), Portela (2017) e Dias (2019).

## 2. DESENVOLVIMENTO

O Brasil já celebrou mais de vinte tratados no âmbito da ONU e outros vários compromissos de âmbito regional, além de acordos bilaterais. A incorporação do tratado ao direito interno vai depender das regras de cada país. A doutrina divide em dois modelos: o dualismo, no qual há distinção e independência entre as ordens jurídicas do Direito Internacional e o Direito Interno e o monismo, no qual afirma-se que há apenas uma ordem jurídica. No Brasil, segundo Portela (2017, p. 50/53) é possível aspectos da doutrina dualista, em razão da exigência de decreto presidencial para incorporar tratado internamente; e monista nacional, nos casos em que a Constituição estabelece a norma que deve prevalecer em caso de conflito. Apesar do debate doutrinário, é firme o entendimento do STF no sentido de que solução deve ser verificada com base na Constituição (ADI-MC 1.480/DF).

Nos últimos anos constata-se uma crescente influência do direito internacional sob o direito interno. No Direito Empresarial, por exemplo, merece destaque a Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663/66), que regula a matéria relativa a letras de câmbio e notas promissórias em âmbito **mundial** visando à segurança e a rapidez nas relações comerciais. Criou-se também a Organização Mundial do Comércio – OMC, principal órgão relacionado à promoção do livre comércio no mundo, do qual o Brasil é membro. Também é retrato da adaptação do país aos ditames internacionais a elaboração da Lei nº 9279/96, que regula os direitos e relações inerentes à Propriedade Industrial, atendendo ao estabelecido no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Decreto nº 1.355/94).

Ambientalmente o Brasil foi participante ativo das ações internacionais, sediando um dos primeiros e maiores encontros do mundo no que diz respeito à proteção ambiental, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (conhecida como Rio/Eco-92), destacando-se a agenda 21, um programa de ação que visa conciliar o desenvolvimento econômico com o respeito ao Meio Ambiente. Por influência disso, foram instituídas as Leis nº 12.187/09 (Plano Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC) e 11.105/02 (Lei de Biossegurança) trazendo, expressamente, o princípio da precaução, por influência da Convenção sobre Mudança do Clima e Convenção da Biodiversidade, das quais é signatário. Tal princípio é um dos fundamentos para a inversão do ônus da prova em favor do ambiente, conforme da Súmula 618 pelo STJ:

Súmula 618-STJ: A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental. STJ. Corte Especial. Aprovada em 24/10/2018, DJe 30/10/2018.

Especialmente no que toca ao direito consumerista, o principal debate jurídico refere-se sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC ou da Convenção de Varsóvia no caso, por exemplo, do extravio de bagagens nas viagens internacionais. Vale ressaltar que a norma internacional é excessivamente prejudicial ao consumidor, pois contém prazo prescricional prejudicial ao passageiro (inferior àquele estabelecido na legislação interna), além de limitar o ressarcimento de danos pelas empresas aéreas – adotando o princípio da indenizabilidade restrita/tarifada.

Nada obstante a grande proteção instituída ao consumidor na ordem brasileira, tanto o STF, quanto o STJ, têm decidido pela aplicabilidade da norma internacional em desfavor do CDC. Aquela corte fixou a seguinte tese no Tema 210:

"Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor"

Ainda que sob o argumento de ser ele regra especial em relação ao CDC com base no art. 178 da CF, o tratamento estabelecido é não é justo. A título de exemplo, caso determinado passageiro de vôo internacional perda a mala de viagem por culpa da prestadora do serviço, com todos os seus bens, terá limitada indenização ao valor máximo de 1.200 euros por mala (aproximadamente R\$ 5.592,27) – ainda que comprove ter nela bens em valor superior, o que fere a proporcionalidade.

Já em relação aos direitos dos jovens, têm-se adotado no país alterações legislativas positivas, conforme princípio do melhor interesse da criança, previsto no art. 227 da CF/88 e intensificado pela promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/90). O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, portanto, afastou a cultura de internação estabelecida pelo antigo “Código de Menores” (Lei nº 6.697/79). Segundo Barros (2018, p. 21),

Percebe-se que o Código de Menores de há muito já estava em dissonância com a compreensão jurídica e social sobre a forma de tratamento da peculiar situação de crianças e adolescentes. A Constituição da República claramente trilha um novo rumo ao mencionar que a infância e a juventude têm de ser tratadas com absoluta prioridade.

Atendendo ao Protocolo Facultativo referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (Decreto nº 5.007/04), foi inserido no ECA a possibilidade de infiltração de agentes da polícia para investigação de crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente, com o aumento à proteção.

Merece elogio, igualmente, o atendimento (ainda que tardio e impositivo) da recomendação estabelecida pela CIDH, para adoção de medidas visando simplificar e agilizar processos baseados em violência doméstica e familiar contra a mulher. Tal fato ocorreu na condenação do país no Caso 12.051 (Maria da Penha v. Brasil). A consagrada autora Maria Berenice Dias (2019, p. 16/17) esclarece que:

Apesar de, por quatro vezes, a Comissão ter solicitado informações ao governo brasileiro, nunca recebeu nenhuma resposta. Em 2001 o Brasil foi condenado internacionalmente. (...) Só então o Brasil resolveu dar cumprimento às convenções e tratados internacionais que segue. Daí a referência, na ementa da Lei, à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – a chamada Convenção de Belém do Pará.

Não fosse a ordem internacional, talvez jamais o tratamento diferenciado contra a violência à mulher seria alterado pela lei. Num legislativo de maioria masculina em um país eminentemente machista, a violência contra a mulher dificilmente seria pauta. Tanto isso é verdade que a Lei nº 11.340/06 foi de iniciativa do Poder Executivo, em colaboração com outras de cinco Organizações Não Governamentais – ONGs atuantes nas causas dessa esfera. Este novo regramento alterou a compreensão jurisprudencial acerca do tema, buscando o judiciário aplicar a lei, com suas peculiaridades, de forma a combater a violência doméstica e acelerar os atos praticados na persecução penal, principalmente em acerca da adoção de medidas protetivas de urgência. Ainda que não tenha eliminado, serviu a lei para reduzir (ou tentar reduzir) os números de violência contra a mulher.

Outros avanços devem ser reconhecidos, como a implementação do Estatuto dos Refugiados, por meio da Lei nº 9.474/97; a proteção da apatridia estabelecida pela nova Lei de Migração, atendendo à Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas e, especialmente, a promulgação de três tratados de direitos humanos com força de emendas constitucionais (Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, Convenção dos Direitos das Pessoas Com Deficiência e seu Protocolo Facultativo).

Por fim, merece destaque recente decisão do STF, que estendeu a aplicação da Lei nº 7.716/89 (Crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) para punição de condutas homofóbicas e transfóbicas, em virtude da ausência de proteção legal às referidas minorias, por evidente inércia do legislativo (ADO 26/DF e MI 4733/DF). Esta decisão atende aos Princípios de Yogyakarta sobre orientação sexual, principalmente o de nº 5, referente ao segurança pessoal e proteção do Estado contra violência por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

### **3. CONCLUSÃO**

A influência da dos compromissos internacionais celebrados pelo Brasil na ordem jurídica interna não somente é benéfica ao país, como necessária e atual. Todavia, deve-se recordar que o Brasil está em descompasso com diversos compromissos internacionais, principalmente em termos relacionados à: justiça de transição, por adotar uma Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) impeditiva à punição de violadores de direitos humanos, o que é inadmissível pela CIDH e incompatível com a Convenção (Caso n. 11.552 – Caso Guerrilha do Araguaia); sistema prisional, tendo o STF reconhecido um Estado de Coisas Inconstitucional (ADPF 3447MC/DF); violência policial, com crescente aumento de mortes decorrentes de intervenções policiais, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (p. 66).

São grandes os avanços estabelecidos pelo peso do direito internacional, especificamente no eixo dos direitos e garantias fundamentais, por normas impositivas (*jus cogens*), sugestivas (*soft law*) ou decisões e petições apresentadas às cortes, comissões e comitês dos sistemas de proteção.

Esses avanços, entretanto, são insuficientes para afirmar que o país esteja, de fato, cumprindo com o seu papel. Não obstante isso, a adesão a instrumentos que permitem a fiscalização do Estado por organismos internacionais, como revisões periódicas, monitoramento pelos pares (*peer review*), Revisão Periódica Universal, a autorização da entrada de peritos no território, dentre outros instrumentos, são fortes indicativos de esforços pelo Estado na busca pela consagração dos direitos humanos fundamentais internamente e perante a sociedade internacional.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 7 ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública – 2019**. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL\\_21.10.19.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1480/SP. Rel: Min. Celso de Mello**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **ADO n. 26/DF. Rel: Min. Celso de Mello**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. **RE n. 636.331/RJ. Rel: Min. Gilmar Mendes**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, **Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil**, 2001.

\_\_\_\_\_. **Caso 11.552, Relatório 33/01, Julia Gomes Lund e outros v. Brasil**, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6 ed. rev., e atual. – Salvador: JusPodivm, 2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 5 ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

## CAUSALIDADE NORMATIVA: A IMPUTAÇÃO DO RESULTADO NATURALÍSTICO EM UM CONTEXTO DE SUPOSTA SUPERAÇÃO DO TIPO OBJETIVO FINALISTA

**IGOR CÉSAR SAMPAIO DE CASTRO:**  
Bacharelado em Direito pela Universidade de Gurupi (UnirG)<sup>22</sup>.

MARCO ANTÔNIO ALVES BEZERRA<sup>[1]</sup>

(orientador)

**Resumo:** Sabe-se que a aferição da causalidade física (relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado naturalístico produzido) é indispensável ao estudo do fato típico, no que diz respeito aos delitos materiais. Nesse sentido, consagrou o Código Penal na segunda parte do art. 13 a chamada Teoria da Equivalência dos Antecedentes, que considera como causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Em que pese o esforço dos autores finalistas para adequarem essa teoria aos novos contornos da imputação, parcela da doutrina moderna, vinculada ao funcionalismo penal, entende pela insuficiência da sua análise da dimensão do tipo objetivo, ainda que acrescida de elementos subjetivos (dolo e culpa). Dessa forma, o presente artigo pretende explorar a evolução da relação de causalidade e a recepção da teoria da imputação objetiva na doutrina penal brasileira.

**Palavras-chave:** Causalidade. Imputação Objetiva. Resultado Naturalístico. Funcionalismo Penal. Finalismo Penal.

**Keywords:** Causality. Objective Imputation. End Result. Finalist Theory. Function of the Criminal Law.

**Abstract:** It is known that the examination of the physical causality (cause and effect relationship between conduct and end result) is indispensable for the verification of the criminal fact. On that subject, the Brazilian penal code linked itself to the equivalence theory, which considers as the cause of the crime the action or omission without which the result would not have occurred. Despite the efforts of the finalist authors to adjust this theory to the advances of imputation, some modern authors, linked to the Claus Roxin's theory, understands the insufficiency of his analysis of the dimension of the objective type, although added with subjective elements (deceit and guilt). Thus, the present article

---

<sup>22</sup> E-mail: [oigorcesar@gmail.com](mailto:oigorcesar@gmail.com)

intends to analyze the evolution of the causality relationship and the reception of the objective imputation in brazilian penal doctrine.

**Sumário:** Materiais, métodos e proposta. Introdução. 1. Tipo Legal Finalista. 2. Teoria da Equivalência dos Antecedentes. 3. Causalidade Normativa. 4. Causalidade Normativa no Direito Privado. Apontamentos Finais. Referências.

## **Materiais, métodos e proposta**

A ideia para este artigo surgiu durante os estudos de Teoria do Crime, notadamente da relação de causalidade. Foi percebido o quão controversas são as teorias que versam a respeito da imputação do resultado no âmbito dos delitos materiais e, diante disso, surgiu o interesse em discorrer acerca deste assunto. Fato é que vivemos em um momento de transição, não só no Direito Penal, mas em todo o ordenamento jurídico – o avanço da tecnologia tem tornado a sociedade cada vez mais complexa, o que vem exigindo novos tratamentos por parte do *homo sapiens sapiens*.

As relações humanas modernas devem ser analisadas com muita cautela, caso a caso, não se admitindo mais que o ser humano seja objeto de estudo, mas ponto de partida. Diante disso, verificamos no Direito um fenômeno de “desabstrativização”, isto é, tem-se retirado o foco do abstrato e direcionado ao caso concreto, às particularidades (há no Direito Penal, inclusive, inúmeras críticas acerca da permanência do uso do critério do “homem médio”, que não seria razoável no critério de imputação).

A proposta deste artigo é analisar a evolução da relação de causalidade ao longo do desenvolvimento do modelo tripartido de crime, bem como a recepção da teoria da imputação objetiva pela jurisprudência brasileira e pela doutrina nacional.

Para a confecção deste artigo, fez-se uso de ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Em um primeiro momento, foram separados livros e artigos jurídicos de relevância que fizessem referência ao tema proposto. Posteriormente, procedeu-se a um juízo de necessidade e adequação, a partir da absorção dos conteúdos e gerenciamento das informações para que fossem abalizadas conforme o exposto a seguir.

## **Introdução**

A relação de causalidade pode ser compreendida como o vínculo existente entre a conduta e o resultado naturalístico, isto é, a ação ou inação que provoca um resultado apto a modificar o mundo exterior.

No atual contexto da Teoria do Delito, o estudo do resultado não costuma ocupar muitas páginas nos cursos e manuais de Direito Penal. Há, como ensina André Estefam (2018), duas teorias que debatem a sua conceituação para fins penais: a) teoria

naturalística, segundo a qual o resultado é a modificação do mundo exterior provocada pela ação ou omissão; e b) teoria jurídica, que considera o resultado como sendo a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal (ESTEFAM, 2018).

Fala-se, portanto, em duas espécies de resultado: naturalístico e jurídico. Nesse ponto, a doutrina costuma indagar acerca da possibilidade de existência de um crime sem resultado.

Com precisão, o supracitado autor responde que não há crime sem resultado jurídico. Isto é, a constatação do injusto depende de uma lesão ou de uma ameaça de lesão real a um bem jurídico. Ausente a mera probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado, ainda que esteja preenchida a tipicidade formal, estaremos diante de um fato materialmente atípico.

Por outro lado, é possível que exista um crime sem resultado naturalístico, como é o caso dos delitos de simples atividade ou de mera conduta. Importante lembrar que o resultado naturalístico é previsto nos crimes materiais e formais, mas só condiciona a consumação daqueles.

Diferente do que ocorre com o resultado, a conduta costuma ganhar papel de destaque no estudo da teoria do delito, inaugurando o entendimento do fato típico. Assim, para compreender a relação de causalidade é indispensável que seja feita prévia análise do que se entende por conduta.

Juarez Cirino dos Santos (2014) leciona que, na linha do sistema tripartido de fato punível, a dogmática penal conhece três modelos sucessivos: clássico, neoclássico e finalista.

Para o modelo clássico, concebido principalmente por Franz von Liszt, Ernst von Beling e Gustav Radbruch, a conduta era entendida como o movimento corporal causador de um resultado no mundo exterior.

Adotava-se, conforme o magistério de ESTEFAM (2018), a teoria causal ou naturalista da ação, apresentando a ação como inervação muscular, produzida por energias de um impulso cerebral, que provoca modificações no mundo exterior.

Posteriormente, o modelo clássico, de base positivista e embasado na metodologia aplicada às ciências naturais, cedeu espaço ao modelo neoclássico, encampado por Reinhart Frank e Edmund Mezger.

Para os adeptos dessa corrente, como explica Juarez Cirino dos Santos (2014), a conduta deixa de ser naturalista (centrada exclusivamente na relação de causa e efeito)

para assumir uma carga valorativa, sendo redefinida como comportamento humano voluntário.

O sistema neoclássico diverge do anterior, em primeiro lugar, por seu aporte filosófico. Enquanto os clássicos tinham inspiração no positivismo de Auguste Comte, os neoclássicos se viram grandemente influenciados pelo neokantismo e pela filosofia de valores.

O neokantismo, diferentemente do naturalismo (filosofia inspiradora do sistema clássico), procurou dar fundamento autônomo às ciências humanas (em vez de submetê-las ao ideal de exatidão das ciências naturais).

Para o neokantismo, a peculiaridade das ciências humanas reside em que a realidade deve ser referida com base nos valores supremos de cada ciência (ESTEFAM, 2018).

Por fim, em 1931, através da publicação do trabalho intitulado "Causalidade e Omissão", Hans Welzel inaugura o modelo finalista, adotado pela Parte Geral do Código Penal brasileiro. Nesse momento, a conduta passa a ser compreendida como o agir finalístico.

A ação humana é exercício de atividade final ou, como objetivação da subjetividade, realização do propósito: o homem pode, em certos limites, por causa do saber causal, controlar os acontecimentos e dirigir a ação para determinados fins, conforme um plano. A ação final compreende a proposição do fim, a escolha dos meios de ação necessários e a realização da ação no mundo real (SANTOS, 2014).

Sobre o conceito de conduta no modelo finalista, Rogério Greco (2016) ensina que o homem, quando atua, seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado, dirige a sua conduta sempre à determinada finalidade, que pode ser lícita ou ilícita.

Quando o fim é ilícito e o agente tem vontade consciente, estamos diante do dolo; quando o fim é lícito e, por excesso ou descuido, sobrevém resultado lesivo, verificamos a culpa.

Do vínculo existente entre a conduta e o resultado naturalístico surge um dos temas que provoca acalorados debates acadêmicos em matéria de ciências criminais, que é objeto desse trabalho: a relação de causalidade.

## **1. Tipo legal finalista**

Superada a análise do conceito de conduta nos três modelos de fato punível, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, faz-se necessário à compreensão da evolução da causalidade que se entenda o conceito de tipo.

Com o brilhantismo que lhe é peculiar, Cleber Masson (2020) explica que tipo penal é o modelo genérico e abstrato, formulado pela lei penal, descritivo da conduta criminosa ou da conduta permitida. O tipo penal, ele ressalva, não é somente incriminador, mas também permissivo.

Juarez Cirino dos Santos (2014) afirma que o conceito de tipo foi introduzido na dogmática penal por Ludwig von Belling, e se subdivide em três espécies:

- a) tipo legal, descritivo da conduta proibida;
- b) tipo de injusto, compreende a ação não justificada; e
- c) tipo de garantia, que realiza funções político-criminais.

Ensina o supramencionado autor que, no seu surgimento, o tipo não trouxe qualquer carga valorativa, era puramente objetivo (tipo objetivo). Posteriormente, FISCHER e MAYER descobrem elementos subjetivos e demonstram que o tipo legal pode depender do psiquismo do autor.

André Estefam (2018) aponta que Jimenez de Asúa defendia que os tipos penais deveriam ser, em regra, objetivos, razão por que os chamava de tipos normais. Os tipos penais que possuíam apenas elementos objetivos eram chamados de tipos normais, ao passo que aqueles que descreviam elementos subjetivos (como o fim especial de agir), eram tidos como anormais.

É de ver, contudo, que é criticável a classificação de Asúa, porquanto todo tipo de crime doloso possui um elemento subjetivo implícito: o dolo e, nos crimes culposos, um elemento normativo tácito: a culpa.

Pelo critério do autor, então, não existiriam tipos normais, senão anormais, já que dolo e culpa (diante da negação da responsabilidade penal objetiva) encontram-se presentes em todas as construções típicas do Direito Penal (ESTEFAM, 2018).

Com o advento do finalismo, tornou-se impossível sustentar a existência de um tipo puramente objetivo. Como a principal contribuição do finalismo, na esteira do que nos ensina Juarez Tavares (2018), foi a transferência do dolo e da culpa, antes situados na culpabilidade, para o interior da conduta, integrando o fato típico, já não é mais possível

conceber o fato típico desprovido do dolo natural, que passou a ser elemento subjetivo do tipo.

Para os finalistas, portanto, todo tipo penal é anormal, tornando despicienda essa classificação.

## **2. Teoria da Equivalência dos Antecedentes**

Pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, de von Buri, adotada pelo nosso Código Penal, considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Isso significa que todos os fatos que antecedem o resultado se equivalem, desde que indispensáveis à sua ocorrência. Verifica-se se o fato antecedente é causa do resultado por meio de uma eliminação hipotética.

Se, suprimindo mentalmente o fato, vier a ocorrer uma modificação no resultado, é sinal de que aquele é causa deste último (GRECO, 2016).

A expressão dessa teoria foi consagrada pelo Código Penal brasileiro no seu art. 13. Parcela da doutrina questiona se o vocábulo "resultado" se refere ao resultado jurídico ou ao naturalístico.

Ronaldo Tanus Madeira apud Rogério Greco leciona que, por ser limitado aos delitos materiais, o nexo causal não tem sentido em relação aos delitos de simples atividade, bem como aos omissivos próprios.

Assim, o vocábulo em comento refere-se apenas ao resultado naturalístico, entendido como aquele que modifica o mundo exterior.

Como consta do magistério de Cleber Masson (2020), contra essa teoria foram endereçadas algumas críticas. A principal delas consistiria na circunstância de ser uma teoria cega, porque possibilitaria uma regressão ao infinito (regressus ad infinitum).

Como todo antecedente se equivale, poderiam até mesmo os pais do agente serem responsabilizados pelo seu comportamento desviado.

Respondendo às críticas, os adeptos do finalismo penal argumentam que o ingresso do acontecimento na relação de causalidade não se sujeita apenas a uma mera dependência física.

Não basta a relação de causa e efeito. Exige-se ainda, além da causalidade física, o causalismo psíquico. Ou seja, reclama-se a presença do dolo ou da culpa por parte do

agente em relação ao resultado. Isso porque no finalismo a ausência de dolo ou culpa torna o fato atípico (MASSON, 2020).

Para o modelo clássico, no conceito causal de ação, aquele que, durante o sono, movimentava o seu braço inconscientemente e atinge o rosto de terceiro, causando lesão corporal leve, pratica uma conduta relevante para o Direito Penal.

Na visão finalista, por sua vez, ausente o dolo e a culpa no desempenho da ação, não se pode falar em conduta relevante. Tem-se, portanto, um fato atípico.

Para o finalismo penal, não basta que o movimento corporal do agente tenha contribuído para causar um resultado naturalístico. Exige-se que esse movimento tenha se dirigido a um fim, lícito ou ilícito. Se a ação não foi querida, involuntária, não se enquadra no conceito de conduta.

Quem bem define a causa, de acordo com o finalismo penal, é Heleno Cláudio Fragoso apud Rogério Greco: "causa é todo antecedente que não pode ser suprimido in mente, sem afetar o resultado".

### **3. Causalidade normativa**

Nas lições de Cleber Masson (2020), no modelo clássico, como já foi assinalado, o tipo possuía apenas elementos objetivos, representados pela relação de causalidade.

Visando solucionar o problema proporcionado pela teoria da equivalência, que dificultava a aferição da causa por permitir o regresso ao infinito, os funcionalistas propuseram a limitação pelos elementos subjetivos.

Assim, a cadeia causal deveria ser interrompida no instante em que não houvesse mais dolo ou culpa por parte do agente. Surge, assim, o tipo subjetivo.

O tipo penal, que era puramente objetivo no modelo clássico, tornou-se complexo, pois passou a conjugar elementos objetivos e subjetivos.

Além do especial fim de agir contido nas descrições típicas, todo tipo penal passou a trazer em seu bojo um elemento subjetivo relacionado à conduta (dolo ou culpa).

Com o surgimento do funcionalismo penal, os adeptos dessa corrente, animados pela teoria da imputação objetiva, argumentaram que o finalismo, ao limitar o tipo objetivo à relação de causalidade, de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes causais, não resolve todos os problemas inerentes à imputação (MASSON, 2020).

Com o intuito de esparcar qualquer dúvida, Cléber Masson (2020) nos traz o exemplo elaborado por Claus Roxin:

“Imaginemos que ‘A’ venda heroína a ‘B’. Os dois sabem que a injeção de certa quantidade de tóxico gera perigo de vida, mas assumem o risco de que a morte ocorra. ‘A’ o faz porque o que lhe interessa é principalmente o dinheiro, e ‘B’, por considerar sua vida já estragada e só suportável sob o estado de entorpecimento. Deve ‘A’ ser punido por homicídio cometido com dolo eventual, na hipótese de ‘B’ realmente injetar em si o tóxico e, em decorrência disso, morrer? A causalidade de ‘A’ para a morte de ‘B’, bem como seu dolo eventual, encontra-se fora de dúvida. Se considerarmos a causalidade suficiente para a realização do tipo objetivo, teremos que concluir pela punição”.

Dessarte, para resolver o caso narrado, entre outros sem solução possível pelo modelo finalista, a teoria da imputação objetiva insere duas novas elementares no tipo objetivo, que deixa de ser só causalidade (MASSON, 2020).

O tipo objetivo, que para o finalismo se limita à relação de causalidade, complementado pelo tipo subjetivo (dolo e culpa), passa a conter, além da causalidade, a criação de um risco proibido e a realização do risco no resultado.

Com o surgimento da teoria da imputação objetiva, a preocupação não é, à primeira vista, saber se o agente atuou efetivamente com dolo ou culpa no caso concreto.

O problema se coloca antes dessa aferição, ou seja, se o resultado previsto na parte objetiva do tipo pode ou não ser imputado ao agente.

O estudo da imputação objetiva, dentro do tipo penal complexo, acontece antes mesmo da análise dos seus elementos subjetivos (dolo e culpa), pois, segundo Roxin, “a tarefa primária da imputação ao tipo objetivo é fornecer as circunstâncias que fazem de uma causação (como o limite máximo da possível imputação) uma ação típica, ou seja, que transformam, por exemplo, a causação de uma morte em homicídio; se uma tal ação de matar também deve ser imputada ao tipo subjetivo, considerando-se dolosa, isto será examinado mais adiante” (GRECO, 2016).

Rogério Greco ainda afirma que essa teoria surge com a finalidade de limitar o alcance da chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais, sem, contudo, abrir mão desta última.

Por intermédio dela, deixa-se de lado a observação de uma relação de causalidade puramente material, para se valorar outra, de natureza jurídica, normativa.

A causalidade, que em um primeiro momento foi puramente natural (relação causa e efeito), ganhou um caráter subjetivo com o finalismo e desenvolveu-se ao ponto de

adquirir feição normativa; esta, diferentemente daquela, não é adida ao tipo objetivo, mas o integra.

Paulo Queiroz, apud Rogério Greco, arremata que a teoria da imputação objetiva não consiste propriamente em imputar o resultado, e sim em delimitar o alcance do tipo objetivo, constituindo, na verdade, mais uma teoria da “não imputação” do que “da imputação”.

Funcionaria, no seu escólio, mais como um corretivo aplicado ao modo como a relação de causalidade vem sendo tratada pelo finalismo penal, bem como uma exigência geral da realização típica, com a adoção de critérios essencialmente normativos.

No magistério de Cléber Masson (2020), a imputação do resultado na perspectiva de aplicação da teoria da imputação objetiva deve observar a criação ou o aumento de um risco proibido pelo direito que se realiza no resultado.

Com a sua conduta, deve o agente ter criado ou contribuído para o aumento de um risco real, razão por que, como a doutrina sempre exemplifica, e é o exemplo que nos traz CAPEZ (2020), o genro que compra uma passagem de avião para a sogra e torce para que o avião caia, e ele realmente cai, não pode ter a ele imputado o resultado ocorrido, a menos que soubesse que a situação efetivamente ocorreria.

Ao comprar uma passagem aérea, não se cria um risco relevante, pois ainda que a viagem submetta os passageiros a uma situação de risco, este não é considerado proibido pelo direito, sendo, portanto, um risco tolerado.

Com a expertise que lhe é comum, Juarez Cirino dos Santos (2014):

“A imputação objetiva do resultado consiste na atribuição do resultado de lesão do bem jurídico ao autor, como obra dele. A imputação (objetiva) do resultado é analisada em dois momentos: primeiro, a criação de risco para o bem jurídico pela ação do autor; segundo, a realização do risco criado pela ação do autor no resultado de lesão do bem jurídico. Em regra, a relação de causalidade entre ação e resultado representa realização do risco criado pela ação do autor e constitui fundamento suficiente para atribuir o resultado ao autor, como obra dele; o resultado também é atribuído ao autor na hipótese de desvios causais acidentais que, na verdade, ampliam o risco de lesão do bem jurídico”.

#### **4. Causalidade Normativa no Direito Privado**

É sabido que o Direito Civil é berço dos principais conceitos utilizados no ordenamento jurídico. Como leciona Gabriel Habib (2018), o segredo para uma boa compreensão do Direito Penal é, antes de tudo, uma boa compreensão do Direito Civil –

vez que ele é a regra, pois o Direito Penal funciona como o executor de reserva para quando existe a necessidade de uma proteção mais ostensiva do bem jurídico.

Reputa-se relevante traçar as distinções e semelhanças no trato da responsabilidade em matéria civil e criminal.

Em seu magistério, Daniel Carnacchioni (2021) explica que, no período clássico, a responsabilidade civil muito se assemelhou à criminal. Hoje objetivada e de cariz reparatório, a responsabilidade privada já acolheu o subjetivismo e deu ênfase à punição do ofensor (*punitive damage*).

A distinção começa com a tendência de objetivação da responsabilidade no campo cível. A partir do seu desenvolvimento, a responsabilidade extracontratual, aquela que decorre da violação de um dever genérico a todos imposto (dever objetivo de cuidado – *neminem laedere*), passou a ter origem na lei e no risco.

Os casos em que a lei prevê a responsabilidade independentemente da aferição de qualquer elemento subjetivo estão nos arts. 924 a 954 do Diploma cível. Essas situações eram anteriormente trabalhadas pela doutrina como típicos casos de culpa presumida, o que no Direito Penal seria o equivalente aos crimes omissivos impróprios.

Entretanto, com a crescente objetivação da responsabilidade e com o surgimento da Teoria do Risco, entendemos pela superação desse modelo – todos os casos previstos no Código e que tenham origem na Teoria do Risco serão resolvidos no regime jurídico da responsabilidade civil objetiva (CARNACCHIONI, 2021).

Pelo prisma da Teoria do Risco, entende-se que o exercício de uma determinada atividade requer continuidade e organização, devendo ser lícita (normal) e adequada à ordem econômica. Deve haver essencial alocação de riscos, ou seja, risco próprio da atividade e que produz danos em escala anormal se comparado com as demais atividades.

É nessa toada que se entende que a noção de causalidade na teoria do risco é normativa, no sentido de que dispensa a análise da relação de causa e efeito e do subjetivismo do autor.

Dentro dessa teoria, o foco é a vítima e o reequilíbrio do seu patrimônio.

Explica Daniel Carnacchioni (2021) que foi adotada pelo Código Civil a teoria do risco criado, não havendo simpatia pela teoria do risco proveito. Entende-se que é suficiente que a atividade desempenhada crie um risco maior que outras. Em razão da criação desse risco elevado, qualquer resultado daí decorrente deve ser imputado ao causador, independentemente de dolo ou culpa, em benefício da reparação econômica da vítima, observando o princípio da reparação integral.

Na teoria do risco proveito, proposta por Raymond Saleilles, a imputação do resultado depende da verificação da vantagem ou proveito extraído por quem explora uma atividade de risco. Dessa forma, o ônus do proveito auferido é suportar a responsabilidade pelos danos decorrentes dessa atividade de risco.

Por outro lado, na teoria do risco criado, apresentada por Louis Josserand, entende-se por risco criado aquele que dispensa a ideia de proveito ou vantagem. Basta que se desenvolva uma atividade capaz de causar elevado perigo de dano, além do razoável, para que se atribua responsabilidade objetiva no caso de dano eventual. (CAVALIERI FILHO, 2003).

Na teoria do risco criado, o que caracteriza o risco é a natureza da atividade. Conforme leciona Louis Josserand, basta que a atividade de algum modo crie um risco para alguém.

No que diz respeito às excludentes do nexo de causalidade, que se diferem das excludentes de ilicitude, há celeuma doutrinária. Prevalece que a teoria do risco integral, acolhida com cautela e ressalvas, não admite qualquer tipo de excludente, tratando-se de típico de caso de causalidade normativa. Quanto à versão da teoria do risco acolhida, relevante parcela da doutrina civilista entende pelo acolhimento das excludentes de nexo causal, notadamente: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e fortuito externo. (CARNACCHIONI, 2021),

### **Apontamentos finais**

O presente trabalho teve por objetivo analisar a evolução da relação de causalidade até o conceito de causalidade normativa, atribuído pela Teoria da Imputação Objetiva.

Inicialmente foi feita uma análise dos conceitos de conduta e resultado, de cuja ligação se extrai o nexo de causalidade dos crimes de resultado, bem como foi feito breve estudo do tipo penal e das teorias que buscam explicar o fenômeno da imputação.

Nos informa Rogério Greco que a adoção da causalidade normativa enquanto técnica de resolução de problemas no âmbito do fato típico que, à luz das demais teorias, só se resolvem conforme a análise de antijuridicidade e culpabilidade, encontra resistências, embora muito atraente aos seus estudiosos. Isso porque algumas de suas soluções podem e continuam a ser dadas por outros segmentos teóricos.

Entendemos como medida mais justa a sua vinculação ao ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que diversas situações do cotidiano poderiam ser consideradas atípicas, sem a necessidade de análise da culpabilidade do agente.

Não deve ser possível que o agente, no desempenho do seu papel social, seja imputado por fato ilícito alheio que com ele tenha conexão, por exemplo. É o caso daquele sujeito que toma um taxi para assaltar um banco. Durante a viagem, informa ao motorista o seu projeto criminoso. Se o taxista continuar a dirigir rumo ao local, deixando lá o pretense agente e a ação realmente ocorrer, seria possível responsabilizá-lo pela participação? Considerando, sobretudo, que não há a mínima possibilidade de ocorrer participação culposa em crime doloso.

Do mesmo modo, o padeiro que vende pães para um sujeito que lhe informou que os envenenaria para matar alguém, pode ser considerado partícipe pelo simples ato de vender os pães? O fato de ter conhecimento da intenção criminosa de alguma forma modificaria o seu modo de agir se não a conhecesse?

Fernando Capez (2020) informa que, segundo Wolfgang Frisch, a teoria da imputação objetiva empreendeu uma marcha triunfal sem precedentes na teoria do direito penal da Alemanha, Áustria e Suíça. Tal não ocorre, infelizmente, na América Latina, onde é pouco conhecida.

Em tempo, vivemos hoje no que Ulrich Beck (2011) chama de “sociedade do risco”. A sociedade moderna possui um estilo de vida permeado de riscos. Carros, motocicletas, eletrônicos, alimentação, arranha-céus, aviões, esportes radicais. Tais riscos figuram entre aqueles considerados permitidos, essenciais à sociedade.

Dirigir um veículo em uma velocidade de 80km/h é uma atividade de risco, porém necessária à mobilidade urbana. Todavia, o direito de dirigi-lo não significa discricionariedade absoluta por parte do motorista, que se sujeita a determinadas regras de trânsito, podendo vir a ser punido caso venha a infringi-las. A enorme quantidade de riscos da vida cotidiana fundamentou a criação dos chamados tipos de perigo abstrato (MASSON, 2020).

Fato é que mais do que a análise da causalidade física e do psiquismo do agente, é necessário transcender sobre o tipo objetivo finalista (meramente causalista) e partir para uma análise normativa. Se mesmo a aferição da tipicidade hoje goza de valoração normativa, considerando atípica a conduta que ofende de modo insignificante um bem jurídico segundo alguns critérios: a) mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade social; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão provocada; por que não pode a relação de causalidade ser analisada pela limitação do alcance do tipo?

O Direito Penal vive de transformações. Houve uma época em que a maioria doutrinária defendia a permanência dos elementos subjetivos na culpabilidade, conservando o dolo como normativo, trazendo em si a consciência da ilicitude, e a análise

do fato típico como uma mera fotografia, o que, como assinala Cleber Masson (2020), não significava dizer que havia acolhimento da responsabilidade objetiva, já que o juízo de culpabilidade era feito em ato contínuo. Houve também – como vimos com Jimenez de Asúa – quem defendesse um tipo puramente objetivo, sem qualquer preocupação com o agir finalístico.

Dessa forma, esse trabalho conclui pela esperança de expansão do estudo da teoria da imputação objetiva no Brasil e do seu reiterado acolhimento pela jurisprudência das cortes superiores.

Recepcionar a causalidade normativa no tipo objetivo não significa deixar de lado a análise da relação de causa e efeito, e sim complementá-la além do psiquismo do autor (dolo e culpa). O que defendemos é, em síntese, o aprimoramento da verificação do nexo de causalidade, restringindo o âmbito de aplicação da norma para situações que, de fato, lesem ou exponham a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados.

## Referências

ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Geral. 9ª ed. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. 6ª ed. Paraná: Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2014.

TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 2ª ed. Santa Catarina, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 18ª ed. Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2016.

MASSON, Cleber. Direito Penal: Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Editora Método, Selo Gen Jurídico, 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direto Penal: Parte Geral. 24ª edição. São Paulo, Editora Saraiva Jur, 2020

HABIB, Gabriel. Leis Penais Especiais: Volume Único. 11ª edição. Salvador: Juspodivm, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. Revista EMERJ, TJRJ, 2003.

CARNACCHIONI, Daniel. Curso de Direito Civil: Volume Único. 4ª edição. Salvador: Juspodivm, 2021.

BECK, Ulrich. Sociedade do Risco: Rumo a uma outra modernidade. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

NOTA:

---

[1] Procurador de Justiça do MPTO. Mestre em Direito Público pela UFRGS. Professor de Direito Penal na Universidade de Gurupi (UnirG).

## TESTAMENTO VITAL: DIRETRIZES PARA UMA MORTE DIGNA

**REBECCA SCALZILLI RAMOS PANTOJA:**

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Advogada<sup>23</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo teve por objetivo analisar as vertentes do chamado Testamento Vital, segundo o qual passa a ser considerada a vontade da pessoa que é acometida por enfermidade terminal e não deseja se submeter a determinados tratamentos médicos. Além de abordar acerca da resolução 1.995/2012 que valida o testamento vital no Brasil, procurou-se delimitar os conceitos de ortotanásia, eutanásia e distanásia, discorrer sobre a polêmica gerada no âmbito jurídico e, ainda, comparar as práticas relacionadas ao Testamento Vital em diferentes países. Finalmente, salientou-se a necessidade da reformulação da Constituição Federal para que o Testamento Vital passe a ter efeito de lei.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da Dignidade Humana. Princípio da Autonomia da Vontade. Direito à vida. Testamento Vital. Paciente Terminal.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A Resolução 1.995/2012 – 3. Conceitos – 4. A polêmica – 5. Direito comparado – 6. Conclusão – 7. Referências.

### 1. Introdução

*"Toda a vida é uma preparatio mortis e é por isto que a última palavra e o último gesto são um direito que ninguém lhe pode roubar (...) Que o último momento seja belo como um pôr do sol, longe do frio elétrico metálico das máquinas (...)" (ALVES, Rubem).*

É indubitável que as conquistas tecnológicas têm salvado muitas vidas, mas também é inegável que têm provocado muitas discussões a respeito dos processos de morte. Temas que envolvem decisões relativas ao final da vida geram muita polêmica, pois existem, de um lado, aqueles que são favoráveis às suas práticas, justificando-as com a ideia de autonomia da vontade e o princípio da dignidade da pessoa humana e, do outro, os que argumentam contra tais decisões, sustentando sua posição pelo princípio do direito à vida como bem indisponível.

---

<sup>23</sup> E-mail: [beccasrp@hotmail.com](mailto:beccasrp@hotmail.com)

Pretende-se analisar o direito que tem a pessoa de deliberar antecipadamente sobre o final de sua vida, escolhendo o que lhe parece melhor e mais conveniente, no sentido de não ser, mais tarde, obrigada a se tornar paciente terminal e, quando já inconsciente, não puder manifestar sua vontade quanto à forma que deseja passar seus últimos momentos de vida.

No Brasil, em 2012, o Conselho Federal de Medicina aprovou uma resolução que legitima um documento cujo conteúdo consiste na declaração de vontade de uma pessoa sobre procedimentos ou decisões em relação ao seu próprio corpo ou vida, para produção de efeitos em momento futuro, quando acometida de grave enfermidade ou estado de inconsciência – o Testamento Vital.

## **2.A Resolução 1.995/2012**

No dia 31 de agosto de 2012, foi publicada a resolução 1.995/2012 no Diário Oficial da União, segundo a qual o Testamento Vital passa a ser legitimado no Brasil. Colocando os cuidados paliativos em evidência no país, a decisão tomada pelo Conselho Federal de Medicina levou à discussão como cada um quer ser tratado em um eventual estado terminal.

A resolução em questão estabelece critérios para que qualquer indivíduo, maior de idade e plenamente consciente, tenha a possibilidade de definir junto ao seu médico os limites terapêuticos a serem adotados em uma fase terminal, por meio do registro expresso do paciente num documento denominado Testamento Vital, também conhecido como **“Diretivas Antecipadas de Vontade”**.

Nesse sentido, as pessoas podem escolher não serem submetidas a tratamentos extraordinários de manutenção da vida na fase final de doenças como demência, insuficiência cardíaca, doença pulmonar obstrutiva crônica ou câncer, quando já não existe possibilidade de reversão do quadro. No entanto, é de se ressaltar que o cuidado deve continuar até o momento da morte, com ênfase no controle dos sintomas e na resolução de pendências. Assim, a pessoa não é abandonada jamais e o foco da intervenção passa a ser o seu conforto.

Segue abaixo a referida resolução na sua íntegra:

RESOLUÇÃO Nº 1.995, DE 9 DE AGOSTO DE 2012

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e CONSIDERANDO a necessidade, bem como a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face das mesmas;

CONSIDERANDO a atual relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente, bem como sua interface com as diretivas antecipadas de vontade;

CONSIDERANDO que, na prática profissional, os médicos podem defrontar-se com esta situação de ordem ética ainda não prevista nos atuais dispositivos éticos nacionais;

CONSIDERANDO que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo;

CONSIDERANDO o decidido em reunião plenária de 9 de agosto de 2012, resolve:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. § 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

### 3. Conceitos

É bastante comum a confusão dos conceitos das seguintes palavras: ortotanásia, distanásia e eutanásia. Ressalta-se que o Testamento Vital é correlato das duas primeiras e nada tem a ver com a última.

O termo ortotanásia deriva dos vocábulos *orto* (certo) e *thanatos* (morte), traduzindo-se como morte correta. Ela visa não prolongar artificialmente o processo da morte, para além do que se processaria naturalmente. Assim, a ortotanásia engloba o Testamento Vital, visto que este pode permitir a morte digna de um paciente a partir da não realização de tratamentos que poderiam mantê-lo vivo por mais tempo caso seja de sua vontade.

Significando o oposto de ortotanásia, a expressão distanásia pode ser entendida como a obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, traduzindo-se como "*o prolongamento artificial do processo de morte, com sofrimento do doente*" (BORGES, 2001, p.286). Nessa situação, não existe expectativa real de melhora do paciente, havendo apenas uma persistência em utilizar todos os meios para preservar a vida, mesmo que o resultado dessa conduta se limite ao prolongamento do processo de morte e, com isso, o prolongamento do sofrimento do paciente. Portanto, o Testamento Vital funciona como um documento capaz de evitar a distanásia.

Depois de sofrer algumas modificações no seu significado, hoje, o termo eutanásia se refere à morte, provocada por algum sujeito, de pacientes com doenças incuráveis e vítimas de sofrimento, tendo como motivação sentimentos humanísticos e, dessa forma, havendo interferência no processo de morte. "*Atualmente, porém, tem se falado de*

*eutanásia como uma morte provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre. Em vez de deixar a morte acontecer, a eutanásia, no seu sentido atual, age sobre a morte, antecipando-a". (BORGES, 2001. p.285)*

Analisando o conceito exposto, pode-se constatar claramente que a diferença entre a ortotanásia (englobando o testamento vital) e a eutanásia reside na interferência humana no processo de morte da pessoa. Enquanto a ortotanásia consiste em uma omissão (não interferência humana), ao deixar que o processo de morte se desenvolva de forma natural, na eutanásia, há a interferência do homem nesse processo, pois atua de algum modo para antecipar a morte do enfermo com a finalidade de cessar o sofrimento deste.

#### **4.A polêmica**

A questão da licitude do testamento vital é um objeto, sem dúvida, bastante polêmico. No âmbito prático, trazer conforto à morte de um paciente terminal, poupando-o de um suposto sofrimento prolongado, e considerar a vontade de decisão do mesmo parecem feitos positivos. Entretanto, na ótica jurídica, o testamento vital pode ser entendido como inconstitucional, uma vez que não vai ao encontro de um dos direitos fundamentais que é o direito à vida.

O direito de morrer dignamente nada mais é que a reapropriação da morte pelo enfermo, de modo que este não seja obrigado a se submeter a tratamentos excessivos e ineficazes que, tão somente, prolongarão o seu processo de morte e, conseqüentemente, aumentarão a sua agonia. Trata-se, portanto, do direito do doente de não se submeter à chamada "obstinação terapêutica", já supraexplicitada, de modo que seja resguardada a dignidade do indivíduo não só durante a sua vida, mas até mesmo durante o momento de sua morte.

Pressupõe-se que não é o ser humano quem deve estar subordinado à tecnologia, mas o contrário, de modo que os procedimentos tecnológicos devem propiciar benefícios ao paciente e não prolongar a sua dor. "*É um apelo ao direito de viver uma morte de feição humana [...] não objeto da ciência, mas sujeito da existência*". (BORGES, 2001, p.284) Além disso, o direito a uma morte digna abriga vários outros direitos, como o da liberdade, o da autonomia, o da vontade e, principalmente, o da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, atendo-se para uma visão formal do testamento vital, questiona-se o seu suposto desacordo com a Constituição Federal. Segundo o artigo 60 desta, o direito à vida é um direito fundamental e, como tal, atua como uma cláusula pétrea. Cláusula pétrea, por sua vez, significa artigo ou disposição legal que deve ser cumprido obrigatoriamente. Não permite renúncia ou inaplicabilidade por estar petrificada, dura, imóvel e por ser inquebrável e intocável. É lei ou norma que se cumpre sem qualquer

discussão quanto a sua interpretação de viabilidade (fática ou de direito). Assim, o principal argumento dos críticos do testamento vital é que, baseando-se no direito à vida, a vida humana deve ser preservada a qualquer custo.

A transposição da letra da lei para o caso concreto é algo extremamente difícil. Como se pode perceber, o testamento vital, embora tenha controvérsias no âmbito jurídico, afirma os princípios da dignidade humana e da autonomia da vontade. Não se deve pensar apenas como jurista. O direito, acima de tudo, é feito por pessoas, sendo necessária a análise e interpretação minuciosas de cada caso real. Considerando a vertente humana, os dados contidos na constituição devem ser revistos e reformulados para que a resolução que confirma a validade do testamento vital tenha, de fato, efeito de lei.

## **5. Direito Comparado**

Nos Estados Unidos da América, o testamento vital tem valor legal, tendo surgido com o "Natural Death Act", na Califórnia, na década de 1970. Exige-se que tal documento seja assinado por pessoa maior e capaz, perante duas testemunhas independentes, e que só tenha efeitos depois de quatorze dias da assinatura, sendo revogável a qualquer tempo. Além disso, tem um valor limitado no tempo, de aproximadamente cinco anos. O estado de fase terminal deve ser atestado por dois médicos. O médico que desrespeita as disposições do testamento sofre sanções disciplinares.

Na Argentina, o documento que materializa as declarações de vontade em caso de incapacidade decorrente de grave enfermidade, denomina-se "Declaraciones de Voluntad Unilateral" ou "Directivas Antecipadas de Voluntad para Tratamientos Medicos". Já foi adotado em algumas províncias por meio de lei própria, sendo que os doutrinadores preferem essas expressões ao Testamento Vital (INANT, 2005, p. 8), argumentando que é da essência do testamento a produção de efeitos "post mortem" (depois da morte), o que não é o caso das "directivas anticipadas de voluntad", que se prestam a tutelar o cumprimento da vontade do titular ainda em vida, porém em momento posterior, geralmente quando não mais é possível que este manifeste livremente sua vontade em razão de incapacidade ou devido ao comprometimento de seu estado psicológico e emocional, naturais de quem se encontra em estado de grave enfermidade.

O Uruguai foi um dos primeiros países a legislar sobre a eutanásia. Em 1934, quando entrou em vigor o Código Penal, tipificou-se o homicídio piedoso. Facultou-se ao juiz a não aplicação da pena à pessoa que realiza a eutanásia, se presentes os requisitos de ter antecedentes honráveis; ser realizado por motivo piedoso e a vítima ter feito reiteradas súplicas. Não há uma autorização para a realização da eutanásia. O que pode ocorrer é a não aplicação da pena, decidida pelo juiz.

Coltro e Telles comentam que, na Suíça, o suicídio assistido tem previsão legal. Já o documento em que são contidas as declarações de vontade não se encontra regulamentado por lei, conforme assinala:

Há uma organização oficialmente reconhecida, denominada *Exit*, que conta com cerca de 60 mil associados e cujo âmbito de atuação é justamente o de prestar assistência ao doente que queira a morte assistida. (...) A Corte Nacional Suíça reconheceu o direito de uma pessoa determinar a forma e o momento de terminar com a própria existência, mas não existe lei escrita regulamentando a conduta, que não é necessariamente praticada por médicos e pode ocorrer em instituições não governamentais. (COLTRO e TELLES, 2010, p. 151)

Na Inglaterra, a ideia de permitir que a pessoa opte pela morte em vez de submeter-se a tratamentos dolorosos data da década de 60, conforme assinalam Coltro e Telles:

(...) finalmente, a 'morte contemporânea', trazendo à baila o direito de morrer bem, o que inclui o direito de preferir a morte ao tratamento de doença incurável ou em estado terminal, movimento iniciado na Inglaterra, no final da década de 1960 e a partir da possibilidade de cuidados paliativos. (COLTRO e TELLES, 2010, p.147)

## 6. Conclusão

A vida é um poema enorme, uma explosão de gestos e sentidos espalhados pelo espaço. Mas como tudo o que é humano, a vida é também cansaço que anseia pelo sono. Como diz o poeta sagrado, 'para todas as coisas há o seu tempo, debaixo do sol; há um tempo de nascer e um tempo de morrer (...)' (ALVES, Rubem)

Se a vida, por um lado, não é um bem jurídico disponível, não cabe, por outro lado, impor às pessoas um "dever de viver" a todo custo, o que indica, assim, que morrer dignamente nada mais é do que uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana. A pessoa tem a proteção legal de sua dignidade e, para isso, é fundamental o exercício do direito de liberdade, o direito de exercer a sua autonomia e de decidir onde e como deseja morrer. Esta decisão deve ser respeitada. É velho o ditado segundo o qual cada um sabe o que é melhor para si.

Em respeito à pessoa, à sua dignidade e à autodeterminação é que se defende a validade dos chamados Testamentos Vitais. Estes traçam as diretrizes para o reconhecimento da morte como elemento natural da vida, sendo parte da condição humana ser mortal. É humano deixar que a morte ocorra sem o recorrimento a determinados meios artificiais que prolonguem inutilmente a agonia. A intervenção terapêutica contra a vontade do paciente é um atentado contra a sua dignidade.

Diante das bases expostas, resta concluir que, embora a resolução 1.995/2012 publicada no Diário oficial signifique um avanço no âmbito jurídico, ela não é suficiente para que o testamento vital seja amplamente aceito e válido. Tal documento não somente deve encontrar espaço no ordenamento brasileiro como urge reconhecer sua validade por meio de lei, fazendo-se necessária uma reformulação na Constituição Federal. Dessa forma, o Testamento Vital de fato consagraria o direito à autodeterminação da pessoa quanto aos meios de tratamento médico a que pretenda ou não se submeter.

## 7. Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Testamento Vital*. 2012. Disponível em <<http://www.leijaja.com/coluna/2012/testamento-vital>>. Acesso em: 12 de Janeiro de 2022.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente: Eutanásia, Ortotanásia, Consentimento informado, Testamento Vital, Análise Constitucional e Penal e Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CABRAL, Vivian Boechat. *O Testamento Vital e a Efetividade da Vontade do Titular do Bem Jurídico Vida*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, nº 28, ano 2012.
- CFM. Resolução nº 1.995 publicada dia 31/08/2012 no Diário Oficial.
- COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e. A morte sob a ótica judicial. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister, 2010.
- Debate CERS sobre Testamento Vital. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=rYYyT9cGGcA>>. Acesso em: 10 de Janeiro de 2022.
- DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: Sarmento, Daniel;

PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GODINHO, Adriano Marteleto. *Testamento Vital e o ordenamento brasileiro*. 2010. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/15066/testamento-vital-e-o-ordenamento-brasileiro>>. Acesso em: 12 de Janeiro de 2022.

LOPES, Adriana Dias; CUMINALE, Natalia. *O Direito de Escolher*. In: Revista Veja, edição 2286 - ano 45 - nº 37, Abril, 2022.

NETTO, Moacyr Pinto Ajame. *Testamento Vital*. Disponível em: <<http://www.oabcampos.org.br/artigo.php?id=140>>. Acesso em: 18 de Janeiro de 2022.

NUNES, Jimmy Matias; ARAÚJO, Lorena Sales. *A questão da licitude ou ilicitude da prática ortotanásica no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10530&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10530&revista_caderno=3)>. Acesso em: 20 de Janeiro de 2022.

PICCINI, Cleiton Francisco. et al. *Testamento Vital na perspectiva de médicos, advogados e estudantes*. 2011. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/89/A4.pdf>>. Acesso em: 12 de Janeiro de 2022.

SANTOS, Maria Seleste Cordeiro Leite dos (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SANTOS, Luara dos. *Testamento Vital: Diretrizes para uma morte digna*. In: Revista Jurídica Consulex - ano XIV - nº 319, 2010.

## SEPARAÇÃO DOS PODERES E O FUNDO DO IDOSO: UMA ABORDAGEM SOBRE POLICY-MAKING E DELIMITAÇÃO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

**RICARDO ADRIANO HAACKE:**

Procurador Municipal, tendo obtido aprovações em diversas Procuradorias, em nível Municipal e Estadual. Atualmente é Doutorando em Adm Pública e Mestre em Administração Pública, possuindo especialização em Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Direito Tributário<sup>24</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo visa realizar uma análise da atuação do Poder Judiciário de Mato Grosso em relação às questões de políticas públicas e a interpretação pública judicial da norma infraconstitucional, mormente em relação ao denominado Fundo do Idoso e seu Conselho Fiscalizador em pequenas unidades da Federação, sem contextualizar o programa aos aspectos socioeconômicos locais.

**Palavras-chave:** Fundo do Idoso. Direito Prestacional. Mérito Administrativo.

**ABSTRACT:** This article aims to carry out an analysis of the performance of the Judiciary of Mato Grosso in relation to public policy issues and the judicial public interpretation of the infraconstitutional norm, especially in relation to the so-called Elderly Fund and its Supervisory Board in small units of the Federation, without contextualize the program to the local socioeconomic aspects.

**Keywords:** Elderly Fund. Provisional Law. Administrative Merit.

### 1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, instituiu, no Brasil, o reconhecido Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos em todo território nacional; externando uma série de programas sociais e políticas públicas que fitam, em última análise, proteger esta parcela vulnerável da população.

Segundo Laura Machado, representante da Associação Internacional de Gerontologia e Geriatria na ONU e membro do conselho do *HelpAge* Internacional, no

---

<sup>24</sup> E-mail: [ricardohaacke@gmail.com](mailto:ricardohaacke@gmail.com)

texto "*Em 15 anos, Estatuto do Idoso deu visibilidade ao envelhecimento*", em entrevista concedida para a Agência Brasil em 2018, o Estatuto:

Foi a primeira legislação que de fato passa a regular os direitos humanos das pessoas idosas. Eu trabalho na área de envelhecimento há quase 40 anos e, na época, nós éramos um dos países que não tínhamos uma legislação que permitisse penas e sanções administrativas para aqueles que praticassem maus-tratos e violência.

A implementação do Estatuto do Idoso, fruto de mobilização social, veio ao socorro da população idosa brasileira, que necessitava de maior reconhecimento de suas garantias, bem como o engenho de novas políticas públicas para o seu atendimento, melhorando as condições de vida da terceira idade.

Assim, a legislação, de caráter prestacional, torna efetiva a redação do art. 230, da Constituição da República, quando enfatiza que "*a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.*"

Nesta esteira, é nítido que a proteção da dignidade e bem-estar das pessoas idosas é tarefa imposta ao Estado solidariamente, devendo este priorizar o atendimento dos necessitados, assegurando o mínimo essencial para uma sadia qualidade de vida.

Não obstante, também é certo que toda política pública demanda artifícios técnicos e financeiros, o que nem sempre é possível ou alcançável, pois como sabemos *os recursos são escassos e as necessidades infinitas.*

Dessarte, exsurge-se daí a necessidade de um postulado de mitigação destas garantias, ou melhor, um sistema de balanceamento de prioridades.

Respondendo a este desafio, exsurge-se a Reserva do Possível, que teve origem na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional alemão enfrentou o apelo de estudantes que pleiteavam o acesso a escolas de medicina públicas em Hamburgo e Munique, fundamentando sua pretensão no artigo 12, da Constituição daquele país, decisão que ficou conhecida como *numerus clausus Entscheidung*.

Nesse sentido, Mendes, ao dissertar sobre normas fundamentais enquanto direitos a prestações positivas, traça os seguintes apontamentos:

Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre

outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível ('*Vorbehalt des finanziell Möglichen*'). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre '*numerus clausus*' de vagas nas Universidades ('*numerus-clausus Entscheidung*'), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à 'reserva do possível' ('*Vorbehalt des Möglichen*').

Percebe-se, assim, que o comando busca garantir a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, diga-se: conformar os interesses da população diretamente interessada na política pública (notadamente a população idosa). Podemos concluir que a intenção do legislador não era criar mecanismo vinculado de incrementação do atendimento, mas, apenas, sinalizar determinada atividade que deve ser cumprida para alcançar o bem jurídico protegido.

## 2. ANÁLISE DO TEMA

Ingressando no âmago da discussão, dispõe o artigo 84, do Estatuto do Idoso que:

Os valores das multas previstas nesta Lei reverterão ao Fundo do Idoso, **onde houver**, ou na falta deste, ao Fundo Municipal de Assistência Social, ficando vinculados ao atendimento ao idoso. (grifamos)

Pela literalidade do dispositivo supra é viável perceber que o legislador pretendia franquear ao gestor a gênese do sobredito Fundo do Idoso, numa atuação discricionária e não vinculante, eis que estabelece, expressamente, a possibilidade de utilizar o Fundo Municipal de Assistência Social para cumprir o mesmo papel. Dessarte, o art. 84, do Estatuto do Idoso, ao prescrever que as sanções pecuniárias previstas em seus dispositivos serão revertidas ao Fundo do Idoso, onde houver, ou, na sua falta, ao Fundo de Assistência Social, apenas facultou aos Municípios a criação do Fundo, de modo que a sua exigência incontinenti viola os princípios da Separação dos Poderes e da Discricionariedade da Administração Pública.

Na contramão da literalidade do dispositivo, visando dar efetividade a uma deduzida política social, amarrando o raciocínio no preconizado no art. 230, da Constituição Federal do Brasil, que garante aos Idosos o direito à inclusão social, os Tribunais Nacionais, principalmente o Tribunal de Justiça de Justiça Mato-grossense está provendo Ações Cíveis Públicas manejadas pelo Ministério Público Estadual, atribuindo eficácia cogente à norma. Argumenta-se, sob o escudo da proteção às garantias prestacionais, que a instituição de um fundo específico é **imprescindível** para satisfazer a política pública, determinando-se, por consequência, a efetiva preparação e gestão do

mencionado fundo, sem, contudo, realizar uma pesquisa específica sobre o custo operacional imposto, principalmente em Municípios de pequeno porte (*ad exemplum*: Apelação nº 1001012-50.2018.8.11.0024. TJ-MT).

Procedendo dessa forma, aliás, os Tribunais de Justiça assentam no imperativo categórico, próprio do pensamento kantiano; sob o preceito de abalar o sistema de freios e contrapesos, pilar da estrutura de separação de poderes.

Os Tribunais Superiores pátrios assentaram que, conquanto seja admissível a excepcional intervenção do Poder Judiciário na aplicação de políticas públicas objetivando garantir o pleno atendimento aos direitos fundamentais, não lhes cabe substituir o Administrador para escolher a forma em que elas serão desempenhadas, sob pena de violação aos princípios da Discricionariedade e da Separação dos Poderes. *In verbis*:

**"Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.**

*[Omissis...]*

*Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:*

*[Omissis...]*

*§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

*I - a forma federativa de Estado;*

*II - o voto direto, secreto, universal e periódico;*

***III - a separação dos Poderes;***

*IV - os direitos e garantias individuais." (grifamos)*

Neste pensar, é praticável até mesmo questionar uma possível crise de representação, aqui entendida como sinônimo de legitimidade, eis que os membros do Poder Judiciário não foram eleitos para escolha de prioridades públicas, além de não possuírem, em sua maioria, a expertise imprescindível para os meandros administrativos sentido lato.

Hipótese que não se trata de omissão estatal na concretização de um preceito fundamental, mas sim de direito de postulação programática, a desautorizar a ingerência do Poder Judiciário na execução das opções políticas do Administrador.

Considerando a perspectiva do Tribunal da Cidadania alhures citada, alguns Tribunais de Justiça (como o de Mato Grosso) apontam a interpretação Jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça como a base filosófica de sua decisão, porém a traduzem conforme seu próprio arbítrio para estabelecer que a abertura do fundo, como um direito social de prestação, é providência vinculada do Prefeito, não realizando o esperado *distinguishing* do precedente.

Sobre o ponto é certo que o Município deve demonstra que está adotando as providências necessárias para a implantação gradativa e adequada do Conselho do Idoso e respectivo Fundo, mas, contudo, não estará afastada a escolha política das opções a serem satisfeitas de acordo com as prioridades essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, considerando-se a inquestionável escassez de recursos e, principalmente, a faculdade exposta na própria norma (leia-se: Fundo Próprio ou Fundo de Assistência Social).

A atuação forense, na espécie, importa em conformação ilegítima da opção reservada a outro Poder instituído, imiscuindo, de forma indevida, o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador Público na efetivação dos direitos de segunda geração, os quais, sem dúvidas, dependem de disponibilidade financeira para sua efetivação.

Nos permitimos ponderar que esta intervenção em matéria de políticas públicas, deve estar relegada àquelas matérias mais sensíveis ao público do sistema. Noutras palavras, é preciso delimitar acertadamente e estritamente o espectro de proteção dos direitos sociais, sob pena de invadir o *policy making* da máquina pública governamental, inclusive tornando a função judicante que lhe é própria carecedora de credibilidade social, pois, malgrado a determinação para a composição de um fundo possa parecer singelo, é exemplo marcante de uma tendência do Poder Judiciário, que por diversas razões mostra-se preocupante.

Para explicar o fenômeno, o professor Fernando Facury Scaff, Doutor em direito pela USP, traz a definição de "sentença aditiva", bastante utilizada por juristas italianos, que assim apregoam:

Entende-se por "sentença aditiva" aquela que implica em aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder publico demandado.

Ainda:

Situação semelhante acontece quando a sentença determina a implementação de direitos sociais, sejam aqueles reconhecidos por

leis e que não foram executados, sejam aqueles que decorrem de uma aplicação direta da Constituição — hipóteses mais comuns no Brasil atual.

É preciso, portanto, ponderar sobre a definição de Direitos Prestacionais, que são aqueles que conferem ao Estado uma obrigação que deve ser cumprida para que seja atingida a finalidade pública.

Sobre a possibilidade de tal exigência, Luis Roberto Barroso citado em artigo de Otegildo Carlos Siqueira, faz críticas à excessiva judicialização da implementação de direitos prestacionais:

apontando o caráter programático da norma de direito à saúde que, conforme expresso na Constituição Federal, será oferecido através de políticas sociais e econômicas e não por decisões judiciais. Por conseguinte, é o Executivo que tem a melhor visão não só dos recursos, mas também das necessidades para otimizar os gastos com a saúde pública. Ademais, se a própria Carta Maior assegurou aos eleitos pelo voto popular (legitimidade democrática) a prerrogativa de gerir os recursos públicos seria impropriedade proceder-se de forma diversa. Suscita, ainda, a mais comum das críticas, a financeira, revestida da já referida reserva do possível. Dentre outras questões aponta também que decisões judiciais que impliquem em fornecimento de medicamento provocam a desorganização da Administração Pública e, por fim, se o Judiciário assume tal postura termina por privilegiar tão somente aqueles que têm acesso qualificado à Justiça em detrimento dos demais.

Ora bem, se há um tema que necessita ocupar lugar especial na discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais, este é, sem dúvidas, a possibilidade de reconhecer-se diretamente, com base na norma constitucional definidora, um direito fundamental social subjetivo a uma prestação concreta por parte do Estado, isto é, na visão Ingo Wolfgang Sarlet:

se há como compelir judicialmente os órgãos estatais, na qualidade de destinatários de determinado direito fundamental, à prestação que constitui seu objeto. Em suma, cuida-se de averiguar até que ponto os direitos sociais prestacionais efetivamente carecem de uma plena justicialidade, razão pela qual, segundo alguns, são merecedores do qualificativo *leges imperfectae*, devendo, de acordo com outros, ser considerados como direitos relativos, porquanto

geram direito subjetivo apenas com base e nos termos da legislação concretizadora.

Na mesma linha de ideias, parafraseando o Professor João Trindade, no contexto de uma lei básica analítica como a promulgada no Brasil em 1.988, constantemente “reformulada” pelas mais de 120 emendas editadas atualmente (julho de 2022), e, mais ainda, uma norma voltada à efetivação de direitos sociais, torna-se impossível falar de políticas públicas sem recorrer à Lei Maior.

Nas palavras do professor:

dificilmente haverá em nosso sistema constitucional uma política pública que não tangencie - para dizer o mínimo - direitos constitucionalmente assegurados, deveres estatais constitucionalmente impostos ou objetivos traçados para a atuação do poder público. Neste sentido, pode-se assumir como verdadeira a afirmação de que a Constituição Federal (CF) de 1988 é uma verdadeira matriz para as políticas públicas no ordenamento brasileiro, isso no sentido de que toda e qualquer política governamental que vise a efetivar direitos sociais terá que ser constitucionalmente embasada e lida à luz dos preceitos constitucionais.

Evidencia-se a dificultosa missão de compreender a dimensão dos direitos sociais imposta ao Estado no sistema constitucional vigente. Dessarte, como diferenciar direitos sociais previstos em normas de eficácia limitada em contraposição de normas programáticas que estabelecem objetivos sem assegurar direitos?

Percebe-se aqui, que é necessária parcimônia nesta análise, eis que existe um viés premente em se fazer “justiça social”, principalmente por aqueles que não conhecem os trâmites do Poder Executivo e as dificuldades enfrentadas na realização de seu mister.

O professor Scaff alerta que:

Implementar políticas públicas requer um planejamento mais acurado e uma análise financeira detalhada sobre a receita disponível. Em especial sobre os gastos públicos a serem realizados – inclusive indicando o grupo socioeconômico das pessoas que devem ser beneficiadas por elas. Isto é de suma importância sob pena de existirem erros graves na implementação dessas políticas, seja por (a) obter recursos de quem tem capacidade contributiva reduzida, e não deve ser alvo de maior tributação; seja por (b) destinar estes recursos

a quem deles pode prescindir, acarretando uma verdadeira “captura” dos benefícios sociais por uma camada da sociedade que deles pode prescindir, e deixando de lado os verdadeiros destinatários daquelas políticas.

Assim, a despeito de as intenções serem boas, algumas exigências impostas pelos Ministérios Públicos Estaduais e confirmadas pelos Tribunais de Justiça, como o mencionado Fundo do Idoso, mostram-se superficiais do ponto de vista pragmático do Executivo, beirando o ativismo judicial, eis que, conforme notado, o próprio preceito legal autoriza que eventual recurso seja depositado no Fundo Municipal de Assistência Social, não reclamando, pois, a materialização de fundo específico e o dispêndio de pecúlios para seu aperfeiçoamento. Recursos, aliás, que poderiam ser melhor aproveitados pela camada social interessada (diga-se: Idosos).

Outrossim, é sabido que com a promulgação da Carta Constitucional de 1.988 foi criado um sofisticado Sistema Orçamentário, ampliando-se os mecanismo de fiscalização que existiam anteriormente, o que acabou se evidenciando com a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que deve ser estudada como uma ferramenta para organizar a vida financeira do país, sancionada, à época, pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, em um período de grande instabilidade econômica, trazendo à nossa realidade aparelhos de *accountability*.

Portanto, no âmbito da receita, a Carta Política elencou os fatos tributáveis (arts. 157 a 159, da Constituição da República), bem como a competência de cada ente federativo para instituir e arrecadar o que for devido. Quanto à despesa, o sistema orçamentário nacional, determina o que deve ser utilizado por cada ente federativo para planejar os gastos governamentais, inclusive os que decorrem de decisões judiciais.

Este procedimento muitas vezes possui complicações e demanda a especialização de profissionais habilitados a montar as peças orçamentárias, que nem sempre estão presentes nos quadros dos entes federativos de menor envergadura, tornando o cumprimento das obrigações impostas pelo Judiciário ainda mais dispendiosas, eis que se faz necessária a contratação de consultorias especializadas, onerando ainda mais o cofre já enxuto daquele Município com baixa arrecadação.

Daí entendermos temerosa a postura do Tribunal de Justiça Mato-Grossense, eis que a determinação de que uma política pública seja efetivada, seguindo uma modelagem única apontada pelo Ministério Público Estadual, sem um indivíduo imediatamente lesado pela omissão, especificamente em relação aos Fundos do Idoso, com a máxima vênia, invade o mérito administrativo, retirando do gestor uma opção tão básica quanto a

concepção de um Fundo do Idoso ou o recebimento, dos exatos mesmos dotes, caso apresentados, no Fundo de Assistência Social.

No mesmo giro, se é certo que a formação do fundo exige conhecimento técnico e deslocamento de servidores (homem-hora), não deveria o Judiciário ao impor uma atuação específica apontar as fontes de custeio?

No Tribunal Constitucional italiano esta discussão foi cenário de um intenso debate, pois preceitua a Magna Carta daquele país, em especial o 4º parágrafo do artigo 81 que: "*Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte*", isto é, qualquer outra lei que imponha despesas novas ou maiores deve indicar os meios para satisfazê-las (lei aqui compreendida em seu sentido mais amplo).

Existe comando semelhante na Constituição brasileira. Vejamos:

"Art. 167. São vedados:

**I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;**

IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

XIV - a criação de fundo público, quando seus objetivos puderem ser alcançados mediante a vinculação de receitas orçamentárias específicas ou mediante a execução direta por programação orçamentária e financeira de órgão ou entidade da administração pública."

Na Itália a discussão chegou ao fim, afastando-se a aplicação do disposto no art. 81, §4º, da Lei Maior Italiana, em relação às decisões Judiciais. Da mesma maneira, no Brasil, não se aplica o art. 167, I, da CF/88 ao debate sobre sentenças que geram custos.

Segundo Scaff (2008):

no Brasil as "sentenças que custam" com efeitos imediatos decorrem muito mais da implementação direta da Constituição pelo Poder Judiciário, a margem de norma legal ou regulamentar, e a margem de todo sistema orçamentário estabelecido pela própria Constituição. Daí que surge a questão sobre "quem ordena o pagamento da conta".

Débora Maciel e Andrei Koerner explicam que a judicialização da política *"requer que operadores da lei prefiram participar da policy-making a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria um papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão"*.

Inobstante, sobre o tema, nossas cortes comumente repetem o mesmo entendimento:

A judicialidade das políticas públicas somente se encontra justificada com a intervenção do Poder Judiciário para a garantia da integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial, centro essencial dos direitos fundamentais, desde que respeitada a reserva do possível, que se constitui a capacidade financeira do Estado para sua imediata implementação. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00005922320108150221 , 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA , j. em 07-03-2017)

O problema é que este raciocínio, apesar de restritivo, na prática está ganhando assento comum no Judiciário brasileiro, principalmente considerando que muitas destas demandas sequer possuem um idoso vitimado, baseando-se em mera conjectura, por parte de atores alheios ao Poder Executivo, atestando que se o mencionado fundo não for criado a população idosa estaria sendo de alguma forma ofendida, sem conhecer os anseios e dificuldades experimentadas na alta Administração daquele ente, bem como desprezando o comando discricionário do artigo 84, do Estatuto do Idoso.

Aliás, sem este estudo casuístico, a decisão judiciária a respeito do fundo deixa de prestigiar os interesses dos idosos e passa a ser apenas um a fazer imposto para o Estado, sem efeitos reais na vida da população interessada, prestigiando não mais que uma sensação de dever social cumprido das autoridades que requerem a execução do fundo, *policy-making* corporativo, e *defiance* do que nos parece preconizado pelas Cortes Superiores.

### **3. CONCLUSÃO**

Mais do que indicadores, que poderiam, com facilidade, ser trocados por algum algoritmo, ou, no pior dos casos, pensadores corporativistas, que apanham mais desalentos do que soluções ao Estado; o pensamento jurídico das primeiras linhas de socorro jurisdicionais deveria afastar-se do imperativo categórico (elemento do pensamento kantiano), aprendendo que o interprete da norma não está alheio à moral, mas deve concebê-la objetivamente.

A provocação investigada está na formação de profissionais que consigam racionalizar a amarração entre o texto e o processo de construção e desenvolvimento do entorno institucional, sem fletir paradigmas basilares da ciência jurídica, com fito social ou organizacional, que frequentemente o intérprete não está colocado, levando sempre em crédito que a norma pende a refinar o acesso aos bens e interesses compartilhados, sendo que Estado é naturalmente ramificado para harmonizar com melhor técnica o anseio social tutelado, reverenciando, outrossim, o cânon democrático.

É necessário que seja prestigiada a resolução do gestor público, que foi eleito como representante do povo e está realmente inserto na praxe administrativa, mormente em um sistema presidencialista de coalizão (*coalition theories*); sem distender a "justiça social apriorística", por não experienciar as concretas sequelas daquilo que foi julgado.

Sem embargo de que estas decisões sejam recorríveis, o acúmulo de demandas do Poder Executivo torna pequenas distorções aceitáveis, e, em nossa ótica, o veredito dos Tribunais não deve ser assumido como um prélio Judicial a ser puído, acenando, todavia, para a carência de cooperação entre os poderes estabelecidos e uma amostra do porque precisamos aproximar nossa magistratura da vida administrativa.

## REFERÊNCIAS

IDOSO, Estatuto (2003). **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.

(BRITO, Débora. **Em 15 anos, Estatuto do Idoso deu visibilidade ao envelhecimento.** Agência Brasil, 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-09/em-15-anos-estatuto-do-idoso-deu-visibilidade-ao-envelhecimento>>. Acesso em: 13, jul. de 2022.

BRASIL, **Constituição da República de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.

BverfGE: **Coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal**, n.º 33, S. 333.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** Revista Jurídica Virtual, no 14, Julho/2000 *apud* REIS, Wanderlei José dos. **O princípio da reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no Brasil.** Univag. Disponível em: <<https://www.univag.com.br/storage/post/13/06.pdf>>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **A Constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais.** Políticas Públicas no Brasil: uma abordagem institucional. Organizadores Gilmar Mendes e Paulo Paiva. Saraiva, 2017.

KUNZLER, Caroline de Moraes. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144/424>>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Direitos Humanos Desafios Humanitários Contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados, págs. 444 a 476, DelRey, 2008 .

ITÁLIA, **Constituição da República de 1947.** Disponível em: <[https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf)>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises.** Lua Nova, n. 57, 2002.

ROBBINS, L. (1932). **Naturaleza y significación de la ciencia económica.** México: Fondo de Cultura Económico, 1944.

SIQUEIRA, Otegildo Carlos. **Direitos prestacionais: reserva do possível, mínimo existencial e ponderação jurisdicional.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14 , n. 2307, 25 out. 2009 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13735>. Acesso em: 14 jul. 2022 apud BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 46, nov./dez. 2007, p. 49-54.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 325.

## A TRIBUTAÇÃO PELA EXTRAFISCALIDADE COMO LIMITE AO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE NO DIREITO BRASILEIRO

### **CAROLINA GOMES DO NASCIMENTO KRASOVESKY:**

Bacharel em Direito pela FDSBC. Especialista em Direito e Relações do Trabalho pela FDSBC. Especialista em Direito Tributário pela FDSBC. Especializando-se em Direito Penal pelo Damásio Educacional Ltda. Especializando-se em Direito Processual Penal pelo Damásio Educacional Ltda. Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário na PUC/SP. Advogada em São Bernardo do Campo<sup>25</sup>.

**Resumo:** O objetivo deste artigo é apresentar a tributação como limite ao direito fundamental de liberdade. Demonstrando o funcionamento da tributação com seus aspectos no direito tributário brasileiro, passando pela evolução histórica da liberdade e sua interação com a tributação. Para, à partir daí concluirmos que, o Estado, ao exercer a tributação, que se traduz na instituição, arrecadação e fiscalização do recolhimento de tributos, para aplicar as receitas na manutenção do Estado e da sociedade, garantindo os direitos fundamentais, limita a liberdade do contribuinte, conforme os objetivos a serem perseguidos pelo Estado, que utiliza-se da extrafiscalidade para atingir finalidades sociais, políticas ou econômicas, e que irá determinar o comportamento dos contribuintes, de forma a inibi-los ou incentivá-los, com o aumento ou diminuição alíquota de determinados impostos.

**Palavras-chave:** Tributação. Extrafiscalidade. Limite. Direito fundamental de liberdade.

**Abstract:** The purpose of this article is to present taxation as a limit to the fundamental right of liberty. Demonstrating the functioning of taxation with its aspects in Brazilian tax law, going through the historical evolution of liberty and its interaction with taxation. For, from there, we can conclude that the State, when exercising taxation, which translates into the institution, collection and inspection of the collection of taxes, to apply the revenues in the maintenance of the State and society, guaranteeing fundamental rights, limits the freedom of the taxpayer, according to the objectives to be pursued by the State, which uses extrafiscality to achieve social, political or economic purposes, and which will determine the behavior of taxpayers, in order to inhibit or encourage them, with the increase or reduction in the rate of certain taxes.

**Keywords:** Taxation. Extrafiscality. Limit. Fundamental right of liberty.

---

<sup>25</sup> E-mail: caro\_nasc@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é apresentar a tributação como limite ao direito fundamental de liberdade, ao passo que quando o Estado se utiliza da extrafiscalidade, instrumento incentivador ou inibidor de comportamentos, onde busca-se atingir finalidades outras, que não a arrecadação e sim, finalidades sociais, políticas ou econômicas, finalidades essas, constitucionalmente contempladas, determina as opções dos contribuintes, de modo a incentivá-los ou inibi-los, através do aumento ou diminuição de alíquotas de determinados impostos.

Demonstraremos a sistemática normativa da tributação brasileira com seus aspectos.

Passaremos pela evolução histórica da liberdade e sua interação com a tributação na Antiguidade, no período Medieval, no período Absolutista, no Liberalismo, no Estado Social Democrático de Direito e afinal, no Século XXI.

Para chegarmos à conclusão de que o Estado, ao exercer a tributação, que se traduz na instituição, arrecadação e fiscalização do recolhimento de tributos, para aplicar as receitas na manutenção do próprio Estado e da sociedade, garantindo os direitos fundamentais, limita a liberdade do contribuinte, conforme os objetivos a serem perseguidos por ele, objetivos sociais, políticos, econômicos, estampados na Constituição Federal, utilizando-se do instrumento da extrafiscalidade, aumentando ou diminuindo alíquotas de determinados impostos para inibir ou incentivar comportamentos.

## 2. A TRIBUTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A tributação é exercida pelo Estado com a instituição, arrecadação e fiscalização do recolhimento de tributos e está delimitada na Constituição Federal, que prevê a atuação estatal, com a previsão das regras-matrizes de incidência, classificando os tributos, repartindo as competências e limitando o poder de tributar. Por sua vez, o Código Tributário Nacional, veicula as normas gerais em matéria tributária. E a lei ordinária instrumentaliza a instituição de tributos por excelência, o que se configura no Sistema Tributário Nacional.

A Constituição Federal, é rígida, só podendo ser modificada por emenda constitucional, e qualquer modificação no plano infraconstitucional, deverá atender o disposto na Constituição Federal. Assim, a liberdade dos legisladores ordinário e complementar são restringidas e ao administrador fiscal há o impedimento de qualquer liberdade, eis que exerce atividade plenamente vinculada, sem qualquer margem de subjetividade.

No que tange a rigidez do sistema, as limitações estão previstas no art. 60, § 4.º da Constituição Federal, que são as “cláusulas pétreas”, e configuram valores imutáveis ao Estado Brasileiro, impedindo por meio de emenda constitucional a veiculação de qualquer dispositivo tendente a abolir dentre os quais, a forma federativa de Estado e dos direitos e garantias individuais.

A Federação é caracterizada pela autonomia recíproca entre a União, Estados-Membros e Municípios, havendo tríplex ordem jurídico-política, assim como dispõe o art. 1.º da Constituição Federal, portanto, qualquer alteração do sistema tributário, deverá observar a repartição de competências inerente ao modelo federativo adotado.

Os direitos e garantias individuais também constituem barreiras intransponíveis ao sistema tributário, pois limitam a própria atuação estatal no tocante à exigência de tributos, já que considerados direitos fundamentais, com regime jurídico diferenciado, com maior proteção.

A tributação e os direitos fundamentais se relacionam, na medida da eleição pelo legislador constituinte de fatos como regras-matrizes de incidência tributária e pela maneira em que o Estado exerce a atividade tributária[1].

A tributação atinge dois direitos fundamentais, quais sejam o direito à propriedade privada e o direito de liberdade.

Na visão de Roque Antonio Carrazza “a ação de tributar excepciona o princípio constitucional que protege a propriedade privada” (arts. 5.º, XXII, e 170, II, da CF)[2].

O direito à propriedade é alcançado direta e imediatamente pela tributação, porque o tributo consiste em prestação pecuniária compulsória, devida por força de lei, implicando sua satisfação, obrigatoriamente, a diminuição do patrimônio do sujeito passivo, diminuição essa que, no entanto, jamais poderá caracterizar confisco[3].

O confisco ocorre quando a propriedade privada é absorvida total ou substancialmente pelo Poder Público, sem a competente indenização[4]. A definição de confisco em nosso sistema jurídico, é que é medida de caráter sancionatório, sendo admitida excepcionalmente, e se o tributo, conforme disposto no texto legal (art. 3.º do CTN), é prestação pecuniária compulsória que não constitua sanção de ato ilícito, a conclusão é de que não pode ser utilizado com efeito confiscatório. Portanto, será confiscatório quando exceder a capacidade contributiva subjetiva visada.

Assim, o emprego de instrumentos tributários com finalidades meramente arrecadatórias, corresponde à noção de fiscalidade.

Por outro lado, o direito de liberdade, genericamente considerado, é alcançado pelo tributo, por via oblíqua, conforme os objetivos a serem perseguidos, uma vez que a exigência daquele pode influenciar comportamentos, determinando as opções dos contribuintes. Assim, ocorre a extrafiscalidade, que são os instrumentos tributários para inibir ou incentivar comportamentos, buscando atingir finalidades sociais, políticas ou econômicas, constitucionalmente contempladas[5].

A tributação deverá recair sobre o patrimônio, a renda e consumo, que comprovam a capacidade econômica do contribuinte, conforme estampado no art. 145, § 1.º da Constituição Federal, que assim dispõe: *“sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”*, para que se atinja a justiça fiscal.

No plano infraconstitucional e administrativo, a instituição e majoração de tributos deve observar o princípio da legalidade, estampado no art. 150, II e 150, I da Constituição Federal, pois, como afirma Roque Antonio Carrazza, “o princípio da legalidade é uma das mais importantes colunas sobre as quais se assenta o edifício do direito tributário” [6].

O Chefe do Poder Executivo também pode instituir e majorar impostos, com as exceções previstas nos artigos 153, I, II, IV, V, e 154, II da Constituição Federal, possibilidade contemplada pela Emenda Constitucional nº. 32/2001, que introduziu ao artigo 62 o § 2.º.

A atividade administrativa, diz com a noção de capacidade tributária ativa, assim entendida a aptidão de um sujeito para arrecadar e fiscalizar tributos, utilizando-se do produto dessa arrecadação[7]. Incluindo, a administração tributária outras incumbências, como a educação e a orientação do contribuinte, em adequado trabalho de fortalecimento da educação fiscal, que visa a conscientização do contribuinte para com seus direitos e deveres, constituindo um dos principais objetivos da Administração Fiscal[8], eis que, ser contribuinte é exercer uma parcela da cidadania, daí porque deve ser orientado acerca de seus direitos e responsabilidades.

Assim, demonstramos em breve exposição o funcionamento do sistema tributário brasileiro.

### **3. A EVOLUÇÃO DA LIBERDADE E A INTERAÇÃO COM O TRIBUTO**

O conceito de liberdade evoluiu ao longo da história, desde a antiguidade, até os tempos atuais.

A primeira liberdade, foi a liberdade da Antiguidade, coletiva tribal, dos perigos que o isolamento trazia, portanto, o indivíduo não poderia ser livre fora da comunidade, porque, ou seria capturado por outra comunidade, assumindo a condição de escravo, ou seria submetido aos perigos da selva, sendo que, a atuação pública era fundada na solidariedade, voltada ao bem de todos, com gozo da liberdade de maneira coletiva, com imposição de deveres[9].

O tributo trazia o estigma da servidão: sujeitavam-se a tributo os povos vizinhos, dominados na guerra; impunha-se a captação (tributo cobrado *per capita*, típico de sistemas tributários primitivos) aos estrangeiros, aos imigrantes, aos forasteiros. Os cidadãos, de outra parte, eram livres de qualquer tributo ordinário, conquanto tivessem eles seus deveres cívicos, sinais de sua liberdade[10].

Na Antiguidade, havia incompatibilidade entre a liberdade e tributação, enquanto sujeição. O cidadão, porque livre, não estava sujeito a tributos, conquanto tivesse seus deveres públicos. Estes, no entanto, longe de serem vistos como restrição de sua liberdade, eram exatamente sua exteriorização. O elevado grau de participação na vida pública tornava indistintos o indivíduo e a coletividade. Por sua vez, os que tivessem privada a liberdade, exigia-se tributo. Em síntese o tributo era o preço da falta de liberdade[11].

O período medieval, foi marcado pelo feudalismo por toda Europa central, assumindo a liberdade novo contorno, exigindo uma escolha consciente, um juramento de fidelidade, ou seja, liberdade de exercício, em que era prestigiado a combinação entre direitos e deveres, assumindo o vassalo, seus deveres, por ato necessariamente livre e tendo assegurado seus direitos. O rei, a igreja e o senhorio, auferiam suas receitas por conta do exercício da propriedade. Era o Estado patrimonial.

Fouquier de Flaix mostra que no feudalismo o imposto se transforma, o senhor era proprietário, o chefe, e do século IX ao século XIII, na maior parte da Europa, os impostos eram cobrados pelos senhores das próprias terras. O fato do Estado, o fato de dever e pagar imposto ao Estado, foi substituído pelo fato do senhor e pelo fato do dever e pagar o imposto ao senhor[12].

O caráter quase privado do tributo daria as bases para o que mais tarde caracterizaria o princípio da legalidade: aos estamentos cabia consentir, como autolimitação de seu poder, para que se desse a tributação.

Ricardo Lobo Torres, baseado nas lições de Marcello Caetano, o foral – carta de privilégios que instituía tributos – era desejado pelos que viviam em vilas fechadas, já que os liberava para o comércio. Naquele tempo, *“o tributo como preço da liberdade se restringe praticamente à substituição das obrigações militares” e às “prestações de guerra. Quando a obrigação de fazer a guerra se transfere para o príncipe, passa ele a ter o direito*

*de cobrar tributos, com cuja arrecadação vai pagar aos soldados profissionais. Aqueles que se liberam da obrigação do serviço militar pagam imposto; quem continua com o dever de ajudar na guerra, como a nobreza, fica livre do tributo”[13]*

Portanto, no período feudal, a liberdade tem caráter estamentário, confundindo-se a obrigação tributária com direitos patrimoniais, não podendo relacionar tributo com a liberdade, somente no sentido de substituto para serviços militares.

No período absolutista, o tributo assume suas feições atuais com o Estado moderno, com a paulatina substituição da vassalagem do feudalismo pelos vínculos do Estado patrimonial, com suas incipientes formas de receita fiscal protegidas pelas primeiras declarações de direito[14].

O absolutismo político e a economia mercantilista, o Estado de polícia, surge antes do Estado liberal, mas com o fim do Estado patrimonial. Esvazia-se a fiscalidade periférica e estamentária, centraliza-se o poder no príncipe. A liberdade pode ser encontrada em Machiavelli, Bodin e Hobbes[15].

Para Niccolò Machiavelli, o Estado tem suas próprias características, faz política, segue sua técnica e suas próprias leis[16].

Para Jean Bodin a soberania é o verdadeiro alicerce de toda a estrutura do Estado[17].

Thomas Hobbes, defendeu que os homens por sua natureza, não seriam propensos a criarem um Estado que limitasse sua liberdade; eles estabelecem as restrições em que vivem dentro do Estado, com a finalidade de obter sua conservação e uma vida mais confortável. A liberdade é ampla, natural e ilimitada até a elaboração do pacto social. Ao organizar o Estado pela forma contratualista, o homem transfere inteiramente sua liberdade ao Estado, cabendo a este, determinar, condicionar e explicar a vontade humana através das leis civis[18].

Na economia absolutista desenvolvia-se o cameralismo, ou seja, todos os fenômenos econômicos poderiam ser conduzidos por normas estatais e o Estado era o garantidor da conquista da riqueza e da propriedade, bem como da liberdade de trabalho e do incentivo ao lucro, a relação entre tributo e liberdade se modifica, e ao ver de Ricardo Lobo Torres, o tributo passa a ser o preço para a manutenção do Estado que garante a liberdade de trabalho, ou ainda, o preço da liberdade[19].

No liberalismo, marcado por concepção burguesa, com o mercado no centro, no qual os homens estabeleciam suas relações contratuais. A ideologia política, era expressa

pela realidade individualista, em que o Estado se considerava fruto de um contrato, que poderia ser desfeito. O Estado deveria garantir determinadas liberdades, notadamente a propriedade e a margem de liberdade política e de segurança pessoal a ela inerentes.

No liberalismo estavam implícitos os fundamentos de algumas liberdades políticas, sobretudo a liberdade de iniciativa econômica. A relação entre propriedade e liberdade era evidente. A finalidade da organização do Estado era a conservação da propriedade, portanto, o Estado não poderia tirar do homem parte de sua propriedade sem o seu consentimento, o que conduzia à necessidade de aprovação de tributos pelo parlamento.

No liberalismo, a Europa (e o resto do mundo) estava sob a influência da crença na “mão invisível”, o que implicaria a desnecessidade de intervenção estatal na economia, surgindo a doutrina de que a tributação deveria ter natureza puramente arrecadatória, com efeito neutro: sendo o Estado improdutivo, também a tributação seria mínima, visando a deixar a maior quantidade de recursos nas mãos do setor produtivo da economia[20].

A relação de tributo com a liberdade aprofunda-se, passando a ser o tributo, expressão de liberdade. Surgindo assim, o tributo como preço da liberdade, enquanto expressão de liberdade, enquanto garantia desta.

Enquanto expressão de liberdade, no Estado Fiscal, Ricardo Lobo Torres entende que, o tributo é a expressão da liberdade do Estado: o liberalismo elogia a riqueza e o trabalho e aceita o lucro, os juros e o consumo do luxo. Pagar tributos é participar daquela riqueza. Só quem frui da liberdade paga tributos. O homem se distancia do Estado, podendo desenvolver suas potencialidades no espaço público, sem necessidade de entregar qualquer prestação permanente de serviço ao Estado. Na medida em que a riqueza já não é mais monopólio do rei e da Igreja, *i.e.*, o que passa a importar é riqueza das nações, condena-se a pobreza e se privilegia a propriedade mobiliária. No liberalismo, a ética dá-se pelo trabalho, condenando-se o ócio e permitindo-se a cobrança de juros. Expressão máxima de liberdade, desaparece a proibição do luxo e se incentiva o consumo de produtos supérfluos, sobre o qual incidirá o imposto (ex.: sisa sobre o café, o chá, o vinho, os panos, a porcelana etc.). Daí, pois, que só quem é livre paga impostos. O tributo, pois, é consequência do exercício da liberdade[21].

O tributo como garantia de liberdade, defendida ainda hoje por Paul Kirchhof, que integrou a Corte constitucional da Alemanha, expõe que, no feudalismo, os reis e nobres, enquanto proprietários de terras, eram senhores das pessoas que ali habitavam. Os vassallos deviam prestar serviços militares, construir muros de proteção e apoiar a caça dos príncipes juntamente com seus cachorros. Quando, com as constituições liberais a propriedade passou a ser apenas um domínio sobre as coisas e, depois, a propriedade e a força de trabalho foram transferidas para as mãos livres da burguesia, o Estado precisou financiar-se por meio dos resultados da economia privada, portanto, por meio de impostos.

Essa soberania fiscal fundamentava as obrigações pecuniárias e encerrava o domínio pessoal. Nesse sentido o imposto passa a ser a expressão da cultura liberal, já que, ao mesmo tempo em que deixa para a iniciativa privada a economia, cobra para o Estado uma medida adequada da renda privada[22].

Nesse sentido, o imposto é o preço da liberdade, para Kirchhof. Se o Estado de direito dá a iniciativa privada os fatores de produção capital e trabalho, por meio da garantia de liberdade de exercício de profissão e liberdade de propriedade, renuncia o Estado, pois, estruturalmente, a atuar empresarialmente. Então, ele precisa financiar-se por impostos, isto é, por uma participação no resultado da economia privada[23].

O mesmo autor aprofunda sua ideia de ligação entre a tributação e a liberdade, ao argumentar que ao financiar-se por meio dos tributos, o Estado tem garantida a sua neutralidade jurídica. Essa neutralidade aparece na medida em que o tributo é pago independentemente do mercado. Afinal, num raciocínio de mercado, o agente econômico obtém seus recursos por meio de troca de prestações. O ofertante apresenta um bem ou uma prestação de serviços, entrando em entendimento com o demandante acerca de um preço adequado. Se o Estado se financiasse por meio desse princípio de mercado, então ele precisaria cobrar mensalmente, taxas pela segurança oferecida interna e externamente; a cada contrato que fosse celebrado entre particulares, cobrar-se-ia uma remuneração ao Estado, cujo aparato jurídico assegura o cumprimento dos contratos; a cada estudante formado por uma universidade pública, exigir-se-ia uma remuneração por parte das empresas, por conta do treinamento da mão de obra. Fosse esse o procedimento escolhido para o financiamento do Estado, então a independência do Estado e a sua neutralidade jurídica estariam comprometidos. Por exemplo, uma carteira de habilitação já não seria mais concedida por conta da qualificação de seu usuário, mas pelo preço pago. O Estado não atenderia os financeiramente mais necessitados, exatamente porque eles não poderiam pagar. Enfim, a democracia já não mais estaria baseada na igualdade dos cidadãos, mas sim, na diferença da capacidade financeira. Retornar-se-ia ao regime do voto censitário[24].

No liberalismo, a liberdade ganha conotação máxima na ideia de “liberdade de” (liberdade das amarras do Estado; liberdade da intervenção do Estado) o século XX trouxe à liberdade a variável: a “liberdade para”: o exercício da liberdade tem um fim. A liberdade para um fim pode, por outro lado, voltar-se àquele que goza da liberdade (a liberdade é concedida para que seu titular alcance um fim) ou àquele que a concede (a liberdade é o veículo para que seu titular atinja fins objetivados por quem a concede) [25].

Do ponto de vista de quem goza a liberdade, dir-se-á que lhe é assegurado o gozo de direitos. É a liberdade que se confere para a sua realização. Assim, por exemplo, a

garantia do mínimo existencial, intocável porque fundamental para a realização do indivíduo[26].

A ambiguidade da expressão “liberdade para”, por outro lado, permite que também ali se analise do ponto de vista da coletividade na qual a liberdade se manifestará. Nesse sentido a liberdade se exerce e se concede para atingir um fim. Aqui estará a evolução do Estado social democrático de Direito[27].

No Estado social a liberdade é concedida ao indivíduo, para um fim, para uma finalidade, opção do constituinte brasileiro de 1988 na Constituição econômica.

A ideia de Constituição econômica marcou o século XX. Constituições programáticas são um fenômeno, cujo primeiro modelo é encontrado no texto mexicano de 1917, seguido pela Constituição de Weimar, em 1919, que dedicava um capítulo à vida econômica. A partir daí, os textos constitucionais passam a explicita ou implicitamente, assinalar alguns objetivos ou metas para as comunidades às quais se dirigiam, ou a prever que tais metas se fixassem periodicamente, por planos tendentes a materializar valores prestigiados constitucionalmente, tais como o bem-estar, o desenvolvimento, a justiça social, etc[28].

A Constituição econômica programática ou diretiva é aquela que *“encerra o conjunto das normas que visam reagir sobre a ordem econômica de modo a provocar aí certos efeitos, modificando-a e alterando-a em certo sentido preestabelecido”*[29].

É pródiga em princípios a Constituição econômica brasileira, cuja disciplina, como alerta Grau, ultrapassa o Título VII, compreendendo fundamentalmente, os preceitos inscritos nos seus arts. 1.º, 3.º, 7.º a 11.º, 201, 202, 218 e 219, bem como 5.º, inc. LXXI, 24, I, 37, XIX e XX, 103, § 2.º, 149 e 225[30]. Dentro do escopo de compreender a atuação positiva do Estado, importa extrair do texto constitucional qual a ordem econômica a ser implementada[31].

No *caput* do art. 170 o constituinte declara ser o fim da ordem econômica *assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social*”. Que também está presente no art. 193, que versa sobre a “ordem social”, ambos coerentes com os objetivos da República Federativa do Brasil, no art. 3.º incs. I e III, onde se insere a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, erradicada “a pobreza e a marginalização” e reduzidas “as desigualdades sociais e regionais” tudo a partir do princípio fundamental da República, inserido no inc. III do art. 1.º do texto constitucional: “a dignidade da pessoa humana” [32].

É assim que se revela um fim para a ordem econômica na Constituição, posto que prestigia a atividade individual (livre-iniciativa e trabalho humano), enquanto meio para atingir aquela finalidade, não se pode deixar de lado os objetivos fundamentais da República[33].

Assim, o vetor da atividade estatal positiva, a que fica imposto o dever de construir uma sociedade na qual seja valorizada a pessoa humana., com existência digna, num ambiente de justiça social. E a justiça social se concretizará a partir da redução das desigualdades sociais e regionais a que se refere o próprio constituinte, dentro de uma ordem jurídica democrática estabelecida pelo Estado Democrático de Direito a que se refere o *caput* do art. 1.º do texto constitucional[34].

Em síntese, o pensamento que se extrai do texto constitucional do Estado social Democrático de direito, constitucionalizado pelo Brasil em 1988: a liberdade (de iniciativa) já não se compreende isolada dos objetivos positivos do Estado social. Assegura-se a liberdade dos agentes econômicos (*status* negativo: liberdade de agir), mas busca-se a liberdade das camadas sociais mais desfavorecidas (*status* positivo). O Estado de Direito quer a liberdade de todos[35].

O tributo enquanto preço da liberdade, no Estado social democrático de direito, já não é mais ônus para fruição da liberdade, mas instrumento para sua concretização. E na medida em que já não faz mais sentido o gozo da liberdade sem uma finalidade, e esta passa a qualificar e legitimar a própria liberdade, então toda a atuação estatal deve ser voltada àquela finalidade[36].

É assim que a arrecadação tributária se legitima enquanto instrumento para o Estado atingir sua finalidade. A expressão “preço da liberdade”, surge como preço que a sociedade paga para que o Estado, reduzindo as desigualdades, promova a liberdade das camadas mais desfavorecidas. Ao lado das finalidades básicas do Estado, cobertas pelas receitas de impostos tradicionais, sobressaem as arrecadações vinculadas as finalidades específicas, que no Brasil se faz presente com as contribuições, que na dicção do art. 149 da Constituição Federal, servem de instrumento para a atuação positiva da União em áreas de interesse constitucional. Ao lado do aspecto arrecadatário dos tributos, assume relevância a sua função indutora, e dentre as formas de arrecadação estatal sobressai a tributação, parece coerente a conclusão de que as normas tributárias indutoras, surgem em obediência ao preceito constitucional da atuação positiva do Estado visando à ampliação do gozo da liberdade[37].

A liberdade no Estado do século XXI, já não tem as características individualistas do século XIX, nem no exagero do Estado do Bem-Estar Social, que se buscou no século XX, assumindo nova feição, onde o Estado é afastado e a sociedade civil reivindica para si espaço que fora ocupado por aquele, a sociedade já não mais espera a atuação estatal[38].

A liberdade revela-se coletiva, já que a sociedade exige sua liberdade como instrumento para inclusão social. Desaparece a crença de que o Estado seja o veículo para o resgate das camadas sociais desfavorecidas, mas permanece o desejo social, prestigiado

pelo Direito, de que a desigualdade seja reduzida. O instrumento para o exercício da liberdade coletiva, já não mais será o Estado, mas a própria sociedade[39].

O pleito da sociedade civil se faz por uma fundamentação coletiva, já que os objetivos do Estado Social já não podem ser ignorados e se encontram positivados no texto constitucional. Ou seja, a Sociedade civil reserva seu espaço de liberdade para o atingimento de seus objetivos, que se confundem com os objetivos da coletividade[40].

Não deixa de chamar a atenção, o fato de que o exercício coletivo da liberdade, por meio da Sociedade civil organizada, lembra a liberdade nos primórdios da civilização. As feições do Estado do século XXI levam a resultado semelhante, já que não se assegura a liberdade para a realização de fins pessoais, mas sim, para concretizações de objetivos coletivos. E para a realização de tais objetivos que se assegura a liberdade[41].

A liberdade coletiva, faz-se, agora, após a incorporação de todas as camadas sociais, por meio do processo democrático, em que a coletividade passa a representar os interesses da nação[42].

Com o retorno da liberdade à Sociedade civil, com a negação da onipresença estatal devolve a questão de limites para a tributação, pois no Estado Social, a sociedade pagava um preço para o Estado atingir o desiderato coletivo, agora, no Estado do século XXI, a sociedade passa a entender que o preço se tornou muito alto, e o resultado, pífio. Tornando-se a tributação excessiva, inconciliável com o modelo do século XXI, já que implica retirar recursos que a própria sociedade necessita para seus fins. A transferência excessiva de recursos ao Estado pela Sociedade tolha a iniciativa econômica desta, reduzindo ou impossibilitando o desenvolvimento econômico[43].

O resultado evidente é o surgimento de novas necessidades sociais, exigindo mais recursos para a construção da liberdade, daí a reivindicação da sociedade, de tomar para si tarefas antes delegadas ao Estado, recusando-se a pagar um preço exorbitante por uma liberdade que o Estado já não mais se revela a promover[44].

O tributo surge nessa perspectiva, como preço da liberdade, não se justificando enquanto tal, mas somente na medida em que seja necessário e na extensão em que se espera uma atuação estatal na construção de uma liberdade coletiva, de inclusão social. Revelando-se o Estado incapaz de suprir certas demandas sociais, não se legitima o aumento desmedido de tributos, em ciclo crescente e interminável, onde se vê que, por mais que se aumentem tributos, em maior grau se ampliam as demandas sociais, exigindo novos aumentos[45].

O reconhecimento da justificação do tributo enquanto meio para se alcançar a liberdade coletiva implica a imposição de limites à atuação do Estado, seja no montante

da cobrança, seja na forma como se faz, pois, se o papel do Estado se vê limitado pela atuação da sociedade civil, que reivindica para si o ativo na construção da liberdade, dada a incapacidade ou inabilidades estatais, também o papel do tributo se vê igualmente restringido[46].

O Estado do século XXI, continua a reger-se pela Constituição de 1988, com as mudanças das inúmeras emendas, que em muitos aspectos modificaram o texto original, mas não afastaram os princípios basilares de um Estado social democrático de Direito. É assim que a maior liberdade que defende à sociedade civil se vê condicionada à sua conformidade com as finalidades consagradas pelo Texto de 1988. O tributo, justifica-se enquanto preço para a expansão da liberdade[47].

#### **4. A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE PELA EXTRAFISCALIDADE**

Humberto Ávila ensina que só existe liberdade quando o indivíduo detém o poder de determinar qual projeto de vida pretende construir, quais atos deseja praticar, quais as consequências quer e aceita suportar, mas é necessário que esteja consciente e bem-informado a respeito das alternativas de ação de que dispõe e que possa determinar minimamente que consequências cada uma delas irá futuramente desencadear. Tal liberdade implica, saber sobre o que decidir em determinado sentido e arcar responsabilmente com as consequências dessa decisão[48].

Assim, quando o Estado se utiliza da tributação para buscar finalidades outras, traçadas pela Carta Suprema que não as de arrecadação de numerário (fiscalidade) e sim através da chamada extrafiscalidade, os tributos são agravados ou minorados em suas alíquotas, independentemente de se aferir a capacidade contributiva das pessoas.

Nessas situações, utiliza-se da proporcionalidade, analisando a adequação do meio, ou seja, se o tributo é eficaz para atingir a finalidade pretendida, a necessidade, verificando se o tributo é o meio menos gravoso ao contribuinte, dentre os eficazes, e a proporcionalidade em sentido estrito, que coteja a importância da finalidade pretendida com os princípios que se confronta, devendo superá-los no caso, para que seja legítima a extrafiscalidade.

Portanto, sendo a extrafiscalidade instrumento incentivador ou inibidor de comportamento, que busca atingir finalidades sociais, políticas ou econômicas, constitucionalmente contempladas, está determinando as opções do contribuinte, limitando assim sua liberdade.

#### **5. CONCLUSÃO**

Concluimos que a tributação limita o direito fundamental de liberdade ao passo que quando o Estado exerce a extrafiscalidade, influencia os comportamentos dos contribuintes, incentivando-os ou inibindo-os.

Analisamos no decorrer do trabalho o sistema tributário brasileiro, com seus aspectos.

Passamos pela evolução histórica da liberdade e sua interação com a tributação, onde verificamos que:

Na Antiguidade o tributo era o preço da falta de liberdade;

No período Medieval, o tributo tinha caráter quase privado, pago ao Senhor feudal, confundindo-se a obrigação tributária com direitos patrimoniais, não podendo relacionar o tributo com a liberdade;

No período Absolutista, o tributo passa a ser o preço para a manutenção do Estado, que garante a liberdade de trabalho ou o preço da liberdade;

No período Liberalista, o tributo passa a ser meramente arrecadatório com efeito neutro, assim, se o Estado é improdutivo, a tributação deve ser mínima, devendo os recursos ficarem nas mãos do setor produtivo, passando o tributo a ser expressão da liberdade, como garantia de liberdade;

No Estado Social Democrático de Direito, a liberdade é concedida ao indivíduo para um fim, passando a ser o tributo instrumento para sua concretização;

No Século XXI, a liberdade está assumindo nova feição, onde o Estado é afastado e a sociedade civil reivindica para si o espaço ocupado por ele, a liberdade revela-se coletiva e o tributo é o preço para expansão da liberdade, eis que o tributo só se justifica na medida em que seja necessário e na extensão em que se espera uma atuação estatal, na construção de uma liberdade coletiva, de inclusão social.

Para, a partir daí concluirmos que, o Estado, ao exercer a tributação, que se traduz na instituição, arrecadação e fiscalização do recolhimento de tributos, para aplicar as receitas na manutenção do próprio Estado e da sociedade, garantindo os direitos fundamentais, limita a liberdade do contribuinte, conforme os objetivos a serem perseguidos, sociais, políticos, econômicos, pois, se utiliza do instrumento da extrafiscalidade, que inibe ou incentiva comportamentos.

## **6. REFERÊNCIAS**

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 14-15.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: Paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, nota 3, p. 64.

BATTAGLIA, Felice. **Libetà (aspetti etici) (verbetes)**. *Enciclopedia del Diritto*. Giuffré, v. XXIV, p. 231.

BODIN, Jean. **Six livres de la republique avec l'apologie de r. Herpin**. S.I.: Scientia Aalen, 1961. P. 122-126.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **IPTU e Progressividade – Igualdade e Capacidade Contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29.<sup>a</sup> ed., revista, atualizada e ampliada até a Emenda Constitucional 72/2013. São Paulo: Malheiros Editores, p. 432.

COSTA, Regina Helena. **O princípio da moralidade administrativa na tributação *in estudos de direito público em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello***, org. Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 689-705.

\_\_\_\_\_. **Imunidades Tributárias – Teoria e Análise da Jurisprudência do STF**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 77-87.

\_\_\_\_\_. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 83.

\_\_\_\_\_. **Código Tributário Nacional Comentado**. Coord. Vladimir Passos de Freitas, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, no prelo.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 45.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003. Nota 2, p. 79-86.

FLAIX, E. Founier de. **L'Impôt dans les Diverses Civilisations**. Paris: Guillaumin. 1897. nota 30 p. 310.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 215.

HOBBS, Thomas. **Leviathan; or the matter, form and power of a commonwealth ecclesiastical and civil**. ed. Michael Oakeshott. Oxford: Brasil Blackwell, 19-?. p. 109-113.

KIRCHHOF, Paul. **Der sanfte Verlust der Freiheit**. München, Wien: Carl Hanser. 2004. nota 18, p. 6-9

MACHIAVELLI, Niccolò. **II príncipe: operette storiche e politiche**. Verona: Arnoldo Mandadori, 1950. p. 60-69; 72-77.

MOHR, Arthur. **Die Lenkungssteuer: ein Instrument zur Induzierung sozialorientierten Verhaltens im Wohlfahrtsstaat?** Zürich: Schulthess. 1976. p. 70-75.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Econômico**. 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra, 2000. p. 95.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 202.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Tributação e Liberdade, in Novas tendências do direito constitucional: Em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva**. Vladimir da Rocha França, André Elali, Artur Cortez Bonifácio (coords.). 1.<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 471-501.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. Valores e Princípios Constitucionais Tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. II, p. 58- 109.

VIGORITA, Tullio Spagnuolo; MERCOGLIANO, Felice. **“Tributi (storia)” (verbete) Enciclopedia del Diritto**. Giuffré, v. XLV, p. 85 ss.

NOTAS:

---

[1] COSTA, Regina Helena. *Imunidades Tributárias – Teoria e Análise da Jurisprudência do STF*, 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 85.

[2] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29.<sup>a</sup> ed., revista, atualizada e ampliada até a Emenda Constitucional 72/2013. São Paulo: Malheiros Editores, p. 432.

[3] COSTA, Regina Helena. *Op. Cit.*, p. 86.

[4] COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*, 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 83.

[5] COSTA, Regina Helena. *Op. cit.*, p. 86-87.

[6] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 33.<sup>a</sup> ed., revista, atualizada e ampliada até a Emenda Constitucional 109/2021. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 210.

[7] Conforme definição de Regina Helena Costa em comentário ao art. 7º no *Código Tributário Nacional Comentado*, 2.<sup>a</sup> ed., Coord. Vladimir Passos de Freitas, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, no prelo.

[8] Regina Helena Costa. A Constituição faz expressa referência à administração tributária, no preceito concernente ao princípio da capacidade contributiva, ao proclamar que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte” (art. 145, § 1º, destaque nosso).

[9] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tributação e Liberdade*, in *Novas tendências do direito constitucional: Em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva*. Vladimir da Rocha França, André Elali, Artur Cortez Bonifácio (coords.). 1.<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 471-501.

[10] VIGORITA, Tullio Spagnuolo; MERCOGLIANO, Felice. “Tributi (storia)” (verbete) *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè, v. XLV, p. 85 ss.

[11] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.* p. 471-501.

[12] FLAIX, E. Founier de. *L'Impôt dans les Diverses Civilisations*. Paris: Guillaumin. 1897. nota 30 p. 310.

[13] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. II, p. 98.

[14] TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, nota 50, p. 58.

[15] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.* p. 471-501.

[16] MACHIAVELLI, Niccolò. II príncipe: operette storiche e politiche. Verona: Arnoldo Mandadori, 1950. p. 60-69; 72-77.

[17] BODIN, Jean. Six livres de la republique avec l'apologie de r. Herpin. S.I.: Scientia Aalen, 1961. P. 122-126.

[18] HOBBS, Thomas. Leviathan; or the matter, form and power of a commonwealth ecclesiastical and civil. ed. Michael Oakeshott. Oxford: Brasil Blackwell, 19-?. p. 109-113.

[19] TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.* v. II, p. 98.

[20] MOHR, Arthur. Die Lenkungssteuer: ein Instrument zur Induzierung sozialorientierten Verhaltens im Wohlfahrtstaat? Zürich: Schulthess. 1976. nota 56, p. 75.

[21] TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, nota 50, p.100-109.

[22] KIRCHHOF, Paul. Der sanfte Verlust der Freiheit. München, Wien: Carl Hanser. 2004. nota 18, p. VIII-IX.

[23] KIRCHHOF, Paul. *Op. cit.* nota 18, p. 6.

[24] KIRCHHOF, Paul. *Op. cit.* nota 18, p. 7.

[25] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.* p. 471-501.

[26] TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, nota 50, p.80 e 92.

[27] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.* p. 471-501.

[28] NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 202.

[29] MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito Econômico. 3. ed. Coimbra, 2000. p. 95.

[30] GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 215.

[31] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.* p. 471-501.

[32] Idem, p. 471-501.

[33] Idem, p. 471-501.

[34] Idem, p. 471-501.

[35] Idem, p. 471-501.

[36] Idem, p. 471-501.

[37] Idem, p. 471-501.

[38] Idem, p. 471-501.

[39] Idem, p. 471-501.

[40] Idem, p. 471-501.

[41] Idem, p. 471-501.

[42] Idem, p. 471-501.

[43] Idem, p. 471-501.

[44] Idem, p. 471-501.

[45] Idem, p. 471-501.

[46] Idem, p. 471-501.

[47] Idem, p. 471-501.

[48] ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 14.

## **COLISÃO E COMPLEMENTARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS BASEADAS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY**

### **MATHEUS DE OLIVEIRA SANTANA:**

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – TJ/AM, Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG; Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal Aplicados pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI, Pós Graduado em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul – UCS em parceria com a Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE-RS<sup>26</sup>.

**RESUMO:** O objetivo do trabalho é analisar a colisão e complementaridade de direitos fundamentais baseada na Teoria de Robert Alexy. Em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy se propõe a investigar estruturas como os conceitos de direitos fundamentais, a influência dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e a fundamentação dos direitos fundamentais. Essa teoria é norteadada pela pergunta: qual é a decisão correta do ponto de vista dos direitos fundamentais e do fundamento racional dos direitos fundamentais? A metodologia utilizada para atender ao objetivo proposto foi a pesquisa bibliográfica, com base em doutrinas, livros e legislação pertinente. Conclui-se que Alexy relaciona sua Teoria dos direitos fundamentais com sua Teoria da argumentação jurídica, da seguinte forma: um discurso ius fundamental é um procedimento argumentativo e trata-se de alcançar resultados ius fundamentais corretos a partir da base apresentada. A argumentação prática geral é um elemento necessário do raciocínio ou discurso fundamental. Isso significa que o discurso ius fundamental compartilha com o discurso jurídico em geral, a insegurança do resultado prático geral.

**Palavras-Chaves:** Direitos; Teoria da Argumentação; Robert Alexy.

**ABSTRACT:** The objective of the work is to analyze the collision of fundamental rights based on Robert Alexy's Theory. In his Theory of Fundamental Rights, Alexy proposes to investigate structures such as the concepts of fundamental rights, the influence of fundamental rights in the legal system and the foundation of fundamental rights. This theory is guided by the question: what is the correct decision from the point of view of fundamental rights and the rational foundation of fundamental rights? The methodology

---

<sup>26</sup> E-mail: mo.santana.adv@gmail.com

used to meet the proposed objective was bibliographic research, based on doctrines, books and relevant legislation. It is concluded that Alexy relates his Theory of Fundamental Rights with his Theory of Legal Argumentation, as follows: a fundamental ius discourse is an argumentative procedure and it is about achieving correct ius fundamental results from the presented basis. General practical argumentation is a necessary element of fundamental reasoning or discourse. This means that the ius fundamental discourse shares with the legal discourse in general, the insecurity of the general practical result.

**Keywords:** Rights; Theory of Argumentation; Robert Alexy.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Colisão sobre os direitos fundamentais. 2.1 Sobre as antinomias normativas. 3. Colisão ou complementaridade. 4. Teoria negativa. 5. Teoria da aceitação. 6. Visão conflitante dos direitos fundamentais. 7. Considerações finais. 8. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Qualquer afirmação sobre a existência de um direito fundamental pressupõe a validade de uma norma de direito fundamental. Assim, está evitando se posicionar sobre o clássico problema de dar prioridade à norma objetiva ou à norma subjetiva, ao direito ou ao dever de ser, que são questões de conteúdo.

As normas expressas de direito fundamental são vistas como aquelas diretamente estabelecidas pelas disposições da Lei Fundamental. Além disso, existem normas de direito fundamental que não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, mas que estão vinculadas às normas expressas. Estas regras *anexadas* são aqueles para cuja atribuição a uma norma expressa de direito fundamental é possível dar um fundamento (logicamente) correto. Portanto, para que uma norma atribuída seja ou não uma norma de direito fundamental, depende da possibilidade de uma argumentação ius fundamental para ela. No entanto, o próprio Alexy (2011) ressalta que as regras de fundamento ius fundamental não definem nenhum procedimento que em cada caso leve a um único resultado. Assim, o autor admite que, em muitos casos, há incerteza sobre quais normas podem ser atribuídas aos direitos fundamentais.

Ora, uma regra de direito fundamental, dependendo de sua estrutura, pode ser um princípio ou uma regra. Os princípios são regras que ordenam que algo seja feito na medida do possível, dentro das possibilidades legais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização. Em vez disso, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então você tem que fazer exatamente o que ela exige. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do que é possível, tanto fática quanto juridicamente. A diferença entre regra e princípios não é de grau, mas qualitativa.

Quando há um conflito entre regras, há duas maneiras de resolvê-lo. A primeira é introduzir uma cláusula de exceção em uma das regras que elimine o conflito. A segunda é declarar inválida pelo menos uma das regras, por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* ou *lex specialis derogat legi generali*, embora também seja possível prosseguir com a importância das regras conflitantes. De qualquer forma, a decisão tomada para resolver um conflito de regras é uma decisão sobre a validade de algumas delas.

O conflito ou colisão entre princípios não é um problema que se resolve fazendo um princípio invalidar outro, mas considerando qual princípio deve receber um peso mais específico. Nesse sentido, o autor fala do fato de que, em determinadas circunstâncias, um princípio *precede* outro. Alexy (2011) chama isso *de lei da colisão*.

Essa *lei de colisão* é de fundamental importância na *Teoria* de Alexy, pois reflete que os princípios, em primeiro lugar, são mandatos de otimização entre os quais não há relações absolutas de precedência e, em segundo lugar, que se referem a ações e situações que são não quantificável.

O objetivo geral é analisar a colisão dos direitos fundamentais com base na teoria de Robert Alexy.

## 2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Atualmente, é bastante difundida e consolidada a ideia de que direitos fundamentais conflitam quando se trata de sua validade prática. Os meios para sanar tais conflitos apresentam uma série de deficiências e suscita diversos incômodos que precisam ser revistos para que se alcance uma verdadeira, plena e efetiva vigência dos direitos fundamentais da pessoa humana.

### 2.1 SOBRE AS ANTINOMIAS NORMATIVAS

Verifica-se uma antinomia normativa, ou seja, a colisão ou contradição entre normas jurídicas, quando, em um mesmo ordenamento jurídico, consequências incompatíveis são imputadas às mesmas condições de fato e, portanto, não podem ser alcançadas simultaneamente<sup>[1]</sup>.

Silva<sup>[2]</sup>, indicou que o problema surge porque os destinatários das normas jurídicas incompatíveis não podem cumprir ao mesmo tempo as determinações correspondentes, por não ser viável. Desta forma, se cumprida a obrigação estabelecida em norma, seria violada a proibição indicada na norma contrária; ou, se um direito consagrado em outra disposição normativa fosse exercido, incorreria em delito tipificado pela norma que fosse antinômico.

Existem diferentes classificações em relação às antinomias normativas. Antinomias no discurso abstrato, interno ou característico do discurso da validade são aquelas que se verificam em relação às normas cujos pressupostos factuais se opõem conceitualmente, gerando uma impossibilidade de compatibilidade em caso de simultaneidade. Esse choque é o que ocorre, por exemplo, diante da existência de uma norma que proíbe punições cruéis e outra que autoriza a tortura em comunidades tradicionalmente acostumadas a esse tipo de “justiça”<sup>[3]</sup>.

Nestes conflitos de natureza antinômica, em abstrato pode ser determinado de antemão que uma das leis contraditórias ou será inválida ou constituirá uma regra geral que deve sempre ceder quando circunstâncias excepcionais se materializarem. Essa antinomia é frequentemente verificada em normas jurídicas cuja categorização é em regras, uma vez que a configuração fechada e completa dos pressupostos fáticos que as compõem permite antecipar os casos de confronto<sup>[4]</sup>.

Antinomias específicas, também conhecidas como externas, ou típicas do discurso da aplicação, são aquelas que não sugerem em sua consideração abstrata incompatibilidade de qualquer espécie, portanto não facilitam o conhecimento prévio dos pressupostos da aplicação. Isso torna impossível detectar regras seguras para resolver a antinomia. Ambas as normas são válidas e, em princípio, na consideração do ordenamento jurídico coerente, mas eventualmente podem verificar conflito e nem sempre é possível determinar exaustivamente os casos de colisão, nem estabelecer critérios firmes para conceder a vitória para um ou outro<sup>[5]</sup>.

Vale ressaltar que a solução jurídica nem sempre será a mesma em todos os casos, devendo ser analisada a situação concreta para se verificar qual direito fundamental deverá prevalecer. Essas antinomias são típicas das normas jurídicas pertencentes à categoria de princípios, pela abstração dos conceitos e indeterminabilidade da aplicação.

É essencial que seja resolvido de forma a manter a coerência essencial do sistema jurídico. Porém, pelo fato de o Direito ser um sistema dinâmico, é perfeitamente possível que existam contradições normativas; Mas como, ao mesmo tempo, o Direito é também um sistema estático, de modo que o conteúdo de suas normas não pode estar em contradição com outras superiores, e singularmente com a Constituição, verifica-se que a coerência passa a ser um postulado essencial do sistema<sup>[6]</sup>.

As antinomias no abstrato ou internas em geral são resolvidas pelos operadores jurídicos através dos critérios tradicionais para resolver as contradições normativas. No entanto, os critérios hierárquicos e cronológicos de nada valem quando se verifica o embate entre normas cuja origem é um documento legislativo, uma vez que terão a mesma hierarquia e temporalidade na ordenação. Diante dessa situação, o critério da

especialidade aparece como o da consideração adequada se a partir dos pressupostos factuais normativos for possível inferir uma relação de generalidade e excepcionalidade entre os dispositivos em conflito. Este tipo de antinomia normativa em abstrato, que acaba por recorrer ao critério da especialidade, não está necessariamente ausente das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais<sup>[7]</sup>.

As antinomias específicas ou externas, por sua vez, não são solúveis pelos critérios tradicionais. Este tipo de antinomia verifica-se com particularidades face à concorrência de princípios, normas jurídicas cuja titularidade imediata é o texto da Constituição, da qual se extraem, independentemente da existência de princípios fora dela. Existem também princípios infraconstitucionais, mas há que se considerar que, por trás de cada preceito jurídico, é sempre (ou quase sempre) possível encontrar um princípio ou norma constitucional que o ampara, e também outro que o contradiga<sup>[8]</sup>.

É certo que geralmente são os princípios constitucionais que determinam este tipo de antinomias, nem o critério hierárquico nem o cronológico são úteis para resolver o conflito normativo concreto. O critério da especialidade também não parece eficaz, uma vez que os princípios estritamente não têm condição de aplicação e, mesmo que o tenham, sua configuração é tão fragmentada que não é possível determinar uma regra de exceção com permanência que se concilie em uma relação de especialidade<sup>[9]</sup>.

No caso de os princípios - como enunciados deônticos sem condição de aplicação - não descreverem quando e como devem ser aplicados, não é possível estabelecer uma relação causal entre eles da generalidade à especialidade. A questão é de que maneira pode ser determinado qual dos princípios é geral e, correspondentemente, qual é especial. Para responder a esta pergunta, Drago<sup>[10]</sup> determina que isso se fará reformulando um dos princípios no foro interpretativo e, precisamente, introduzindo uma cláusula de exceção ou exclusão", o que, por outro lado, constitui, segundo Ferreira Filho<sup>[11]</sup>, o sopesamento. Isso acontece com os direitos fundamentais consagrados na Constituição. No entanto, de acordo com a teoria jurídica contemporânea, os princípios constitucionais podem ser do tipo diretriz, pelo que funcionam como mandatos de otimização, sendo executados ou especificados tendo em conta as possibilidades factuais e jurídicas existentes<sup>[12]</sup>. A nota característica é que a estrutura normativa das diretrizes apresenta uma configuração aberta tanto da condição de aplicação quanto da consequência jurídica, portanto não há orientação para decidir abaixo de qual limite de satisfação devemos considerar esses mandatos constitucionais violados<sup>[13]</sup>. Desse modo, a concorrência antinômica de princípios constitucionais não encontra respostas nos critérios clássicos, uma vez que o resultado esperado não admite a elaboração de uma regra de excepcionalidade constante ou a declaração de nulidade de um dos princípios em conflito. Portanto, é essencial usar um critério metodológico diferente: a ponderação.

### 3 COLISÃO OU COMPLEMENTARIDADE

São poucos os direitos considerados fundamentais que não estejam em conformidade com outros direitos considerados também fundamentais e que não imponham, portanto, em determinadas situações e no que respeita a determinadas categorias de destinatários, uma escolha<sup>[14]</sup>.

A partir dessa afirmação de Bobbio<sup>[15]</sup>, é possível avançar na consideração da existência ou inexistência de conflito entre direitos fundamentais. A primeira determinação a ser feita refere-se à consideração do que está acontecendo, seja a referência a conflitos, colisões, choques de direitos ou, pelo contrário, à complementaridade que existe entre diferentes direitos.

Cada direito ou liberdade tem seus próprios limites que permitem a diferenciação de outros direitos ou liberdades, portanto, em princípio esses conflitos aparecem como inexistentes na medida em que se verifica uma adequada delimitação dos direitos, através do senso comum, sua correta descrição por parte do legislador. Todavia, caso sejam contrários a direitos ou liberdades consagrados constitucionalmente, a presente declaração implicará a aceitação de colisões de direitos fundamentais, mas é importante considerar a opinião de quem tem levantado seu ceticismo em relação a essa possível colisão de direitos fundamentais. Nesse sentido, Piovesan<sup>[16]</sup> indicou “aqui propomos a tese segundo a qual se deve buscar a conciliação entre direitos, assumindo como regra geral que a colisão entre eles é apenas aparente e solucionável”.

Por sua vez, Cunha Júnior<sup>[17]</sup> estabelece que “esta anulação ou privação de eficácia é precisamente o efeito que ocorre com as concepções que se baseiam na intuição e/ou que estabelecem ordens ou hierarquias rígidas que assumem aplicação plena ou total”. Não existe acordo quanto à forma de exprimir esta eventual colisão de direitos sem prejuízo do facto de os diferentes autores aparentemente partilharem o mesmo critério em substância.

Desta forma, é possível apontar que – como Bobbio<sup>[18]</sup> indicou, mesmo sem fazer uma referência direta ao conflito, mas referindo-se à eventualidade de um confronto entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade ou à honra, assinalando conflitos entre direitos que nos colocamos dentro dos limites do direito dos outros - há uma colisão de direitos quando o exercício de um direito fundamental fere ou põe em perigo o direito de um terceiro. Ampliando a noção de conflito, inclui não só o confronto entre os direitos fundamentais de dois ou mais titulares, mas também entre o direito fundamental de um titular e um princípio constitucional.

A ideia subjacente a este raciocínio refere-se à consideração que indica que a colisão de direitos fundamentais ocorre quando o efeito jurídico da proteção *ius* fundamental alegado por um titular do direito é incompatível com o efeito jurídico perseguido por outro e sua alegação de proteção *ius* fundamental. Normativamente, implicaria um conflito entre duas ou mais regras de direito fundamental aplicáveis a um determinado caso e que conduzem a resultados diferentes e também mutuamente exclusivos. Isto porque na colisão as posições dos titulares de direitos fundamentais se verificam frente às outras de tal forma que o resultado que poderia ser concedido a um deles implica necessariamente a negação da proteção defendida pelo outro. Já em relação aos possíveis choques entre direitos fundamentais, verifica-se a existência de duas posições: a Teoria Negativa e a Teoria da Aceitação.

#### **4 TEORIA NEGATIVA**

A teoria que nega a possibilidade - pelo menos do ponto de vista conceitual - de colisão de direitos fundamentais, parte da consideração que indica que cada direito fundamental verifica em si mesmo um limite que está localizado nos direitos de outras pessoas, motivo de cujo próprio conteúdo e âmbito de proteção, por definição, são delimitados pelos direitos de terceiros. Desse modo, se houvesse uma colisão, ela só existiria do ponto de vista conceitual quando o titular de um direito fundamental busca a proteção de um direito ultrapassando os limites que lhe são imanentes. Drago<sup>[19]</sup> afirma que, na realidade, o problema dos limites dos direitos fundamentais não pode ser colocado em termos de colisão entre direitos ou entre direitos e bens, aceitando-se que estes se definam em termos que colidam, mas antes como um problema de interpretação dos direitos, normas em que se trate de delimitar as fronteiras dos direitos de traçar os limites em que a própria norma constitucional configura os direitos fundamentais.

O modelo teórico de negação de colisão implica, do ponto de vista prático, uma metodologia para aqueles que devem enfrentar demandas de proteção mutuamente exclusivas. Assim, Cunha Júnior<sup>[20]</sup> determina que a referência aos conflitos de direitos não é estritamente falado, mas deve ser entendida como reivindicações opostas dos sujeitos que invocam os seus direitos, propondo que o procedimento adequado para resolver o conflito aparente não consiste, portanto, em determinar o direito vigente, mas antes na delimitação adequada do conteúdo dos direitos aduzidos para concluir quem está realmente sob a proteção do direito que invoca e quem o ultrapassou no exercício do seu direito.

#### **5 TEORIA DA ACEITAÇÃO**

A tese que admite a eventual existência de colisões de direitos decorre da consideração da produção de uma contradição entre a proteção concedida aos direitos fundamentais de duas ou mais pessoas que os detêm de tal forma que um deve prevalecer,

enquanto o outro deverá ser afastado no caso concreto. Assim, o que importa nesta teoria será a determinação de um critério que facilite a determinação da prevalência de um direito em relação a outro. Nesse sentido, verifica-se a existência de diversas alternativas, que remetem à consideração de uma ordem de prioridade ou hierarquia com possível determinação em sentido abstrato entre os diferentes direitos, a possibilidade de pesar os direitos no caso específico, a ideia de Harmonização ou equilíbrio adequado<sup>[21]</sup>.

Estas opções têm diferentes críticas, que se referem fundamentalmente ao fato de não existirem critérios objetivos que estabeleçam a hierarquia entre direitos fundamentais, ou que permitam estabelecer uma justificação para a ponderação em determinado caso, ou os mecanismos utilizáveis para alcançar uma proteção máxima para cada direito colidido. Da mesma forma, em termos gerais, não existem mecanismos nos diferentes ordenamentos jurídicos constitucionais que permitam uma justificação adequada que permita um fundamento positivo. E isso é muito importante, pois qualquer que seja a forma escolhida para a resolução do conflito, ela deve cumprir uma função de natureza dogmática e ser constituída com elementos da própria ordem constitucional.

## **6 VISÃO CONFLITANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Atualmente é bastante comum, tanto na doutrina como na jurisprudência constitucional, se falar de um "conflito" de direitos fundamentais. De acordo com uma visão conflituosa dos desses direitos, essas são realidades que podem eventualmente se opor. Isso ocorre pois, eventualmente, ao se exercer um direito fundamental, pode haver um outro direito fundamental sendo violado. Em caso de conflito ou antinomia subjetiva, se o paradoxo é permitido, quem deve ceder e quem deve continuar, como se constrói esse limite ao direito fundamental, são questões-chave para uma teoria dos direitos fundamentais<sup>[22]</sup>. Afirma-se ainda que como os limites que definem os direitos são imprecisos, os conflitos tornam-se inevitáveis e problemáticos<sup>[23]</sup>.

Segundo as posições conflituosas, os direitos fundamentais são realidades jurídicas que naturalmente tendem a colidir, o que leva a aceitar que os conflitos são inevitáveis. Diante de uma situação de conflito, a solução se reduz apenas a preferir um direito e deslocar o outro, ou seja, colocar um dos direitos em conflito acima do outro. Para isso, é necessário encontrar os mecanismos que justifiquem a preferência de um direito em detrimento do outro. Os principais mecanismos de solução utilizados por quem parte de uma visão conflituosa dos direitos fundamentais são a hierarquia e a ponderação dos direitos.

Um exemplo de proposta hierárquica é a de Moraes<sup>[24]</sup>, para quem existem algumas liberdades hierarquicamente superiores a outras:

Se a democracia liberal é entendida como o sistema político de tomar certas decisões por representantes em competição entre si e livre e temporariamente escolhidos por todos os cidadãos, este sistema requer a preeminência de algumas liberdades que, em minha opinião, deveriam estar ainda acima da própria decisão popular. Liberdade de expressão e crítica, liberdade de associação e reunião, liberdade de sufrágio ativo e passivo em eleições periódicas, estão entre essas liberdades mínimas essenciais.

Nesse mecanismo de resolução de conflitos, a supremacia de um ou de outro direito dependerá da escala utilizada para determinar a importância dos direitos envolvidos em um litígio específico, escalas que, em última análise, são bastante marcadas por questões ideológicas. Por exemplo, na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol costuma afirmar que a liberdade de informação é hierarquicamente superior ao direito à privacidade ou ao direito à honra, na medida em que essa liberdade tem uma relevância especial para o estabelecimento democrático de uma sociedade, valor que não é encontrado em direitos como o direito à privacidade ou o direito à honra<sup>[25]</sup>.

Na verdade, o Tribunal Constitucional espanhol atribuiu às liberdades de expressão e informação uma "posição prevalecente" no sistema jurídico espanhol, justificando-o precisamente em seu valor institucional, e embora muitas vezes se apresente como uma preferência que se define em cada caso concreto, na prática as repetidas afirmações do referido Tribunal Constitucional têm vindo a consolidar um valor superior de caráter geral das liberdades informativas. Assim, opõe essas liberdades a todos os direitos fundamentais e interesses de significativa relevância social, alcançando relevância particular no que diz respeito aos direitos à honra, privacidade e imagem:

[...] seu significado excepcional [para a existência da liberdade de opinião pública como elemento fundamental em um Estado democrático] confere às liberdades expressas (de expressão e informação) um valor de direito prevalecente sobre os direitos da personalidade garantidos no art. 18.1 da Constituição, na qual esta dimensão de garantia da liberdade de opinião pública e o princípio da legitimidade democrática não coincidem<sup>[26]</sup>.

De qualquer forma, para quem utiliza esse mecanismo, há a convicção de que os critérios que definirão a hierarquia com maior ou menor dificuldade sempre acabarão sendo configurados. Assim, tem-se afirmado que pode ser difícil procurar escalas e comparações em alguns casos, mas em outros é fácil e sempre é possível.

O outro mecanismo relevante de solução usual que se utiliza na concepção conflituosa dos direitos fundamentais é a chamada ponderação de direitos. Este

mecanismo, especialmente desenvolvido no ambiente anglo-saxão, consiste em pesar os direitos ou direitos legais em conflito com as circunstâncias concretas especiais que definem o caso a ser resolvido, a fim de determinar qual direito "pesa" mais naquele caso específico, e qual deve ser deslocado. Não é uma hierarquia geral e abstrata, mas sim uma hierarquia específica.

A esse respeito, Alexy é bastante didático:

O Tribunal considera que em tais casos existe uma relação de tensão entre o dever do Estado de garantir uma adequada aplicação do direito penal e o interesse do arguido em salvaguardar direitos constitucionalmente garantidos, a cuja proteção o Estado é igualmente vinculado pela Lei Básica. Essa relação de tensão não poderia ser resolvida no sentido de uma prioridade absoluta de um desses deveres do Estado, nenhum deles teria "prioridade sem mais". Em vez disso, o "conflito" deve ser resolvido "por meio de uma ponderação de interesses opostos". Nessa ponderação, o que está em jogo é a ponderação de qual dos interesses, abstratamente de mesma categoria, tem maior peso no caso específico<sup>[27]</sup>.

Existe um princípio intimamente ligado a este mecanismo de solução. Este é o Princípio da Proporcionalidade. O raciocínio é muito simples: se se trata de saber qual direito pesa mais, trata-se, em suma, de pesar direitos; e não é possível definir bem uma relação de ponderação sem levar em conta uma relação de proporcionalidade entre os direitos em jogo. Assim, afirma-se que supondo que nenhum dos direitos em questão ceda inteiramente até que desapareçam, o Princípio da Proporcionalidade impede o sacrifício inútil, além do necessário ou de forma desequilibrada em favor do outro. Proporcionalidade será colocado, mais uma vez, do lado da direita que sofre a restrição, da qual tira a pior parte.

A ponderação leva a um requisito de proporcionalidade que implica estabelecer uma ordem de preferência em relação ao caso concreto é, portanto, uma hierarquia móvel que não conduz à declaração de nulidade de um dos bens ou direitos constitucionais em conflito, mas à preservação de ambos, por mais que inevitavelmente antes de cada conflito seja necessário reconhecer a primazia de um em relação ao outro<sup>[28]</sup>.

## 6.1 CRÍTICA DE POSIÇÕES CONFLITANTES

Conceber direitos fundamentais como realidades opostas que tendem a colidir, o que se resolve por meio de mecanismos que priorizam direitos (em abstrato ou em concreto), resulta na existência de uma espécie de direitos de primeira classe e outros. Isso

significará que, quando um direito de segunda classe tem a infelicidade de cruzar-se com um de primeira classe, ele é deslocado, sacrificado, afetado em seu conteúdo legal, em boa conta, violado. Desta forma, por meio de posições conflituosas sobre direitos fundamentais, pretende-se cobrir e legitimar situações que, dependendo das circunstâncias de cada caso, podem conduzir a violações reais do conteúdo constitucional dos direitos.

Isso foi demonstrado, por exemplo, pelo Tribunal Constitucional Espanhol em algumas de suas decisões, nas quais acabou justificando ingerências e sacrifícios dos direitos fundamentais deslocados. Apenas para citar alguns acórdãos, o referido tribunal declarou que o valor preferencial da liberdade de informação não pode se configurar como absoluto, pois, se for reconhecido como garantia da opinião pública, só poderá legitimar a ingerência em outros direitos fundamentais que sejam consistentes com esse fim. Da mesma forma, afirmou que "*eles devem se sacrificar* apenas na medida necessária para garantir a livre informação em uma sociedade democrática"<sup>[29]</sup>. Nesse caso, percebe-se claramente como uma posição conflitua em boa conta propõe - e que acaba logrando - legitimar *ingerências ou sacrifícios* no conteúdo dos direitos fundamentais, o que nada mais é do que legitimar *afetações, violações, injúrias* ao conteúdo de direitos fundamentais.

Se as posições conflitantes acabarem *afetando, infringindo ou ferindo* direitos reconhecidos no texto da Constituição, como é então o princípio da normatividade da Constituição? Sem dúvida, nos casos resolvidos a partir de uma visão conflitua de direitos, apenas se privilegia a normatividade de um dispositivo constitucional - do qual inclui o direito preferencial fundamental -, em detrimento do dispositivo constitucional que inclui o outro direito, dispositivo que pelo menos nos casos "conflituosos" deixa de ter validade efetiva, ou seja, deixa de ser normativo.

A questão se agrava quando percebe-se que a norma constitucional cuja violação se pretende justificar é uma lei fundamental, ou seja, é uma norma que reconhece um direito fundamental. E se já é complicado que toda a regulamentação de todo o texto constitucional não seja favorecida, é mais grave que precisamente as normas constitucionais sobre direitos ficam sem efeito (de forma geral ou específica), pelo significado especial que para a existência digna do homem, para o Estado de direito e mesmo para o próprio conceito de Constituição, significam o reconhecimento, a garantia e a plena efetividade dos direitos da pessoa<sup>[30]</sup>.

Da mesma forma, os mecanismos de solução alcançados por aqueles que professam e empregam concepções conflitantes de direitos são alvo de críticas. Especialmente crítico em relação a esses mecanismos é Alexy<sup>[31]</sup>, que afirmou incisivamente a respeito do método de hierarquia (geral ou abstrato) dos direitos, que a abordagem hierárquica das relações entre os direitos fundamentais provém da aplicação intransigente de princípios jurídicos

fundamentais. Os princípios requerem avaliação, contrapeso, isso pela sua natureza estrutural peculiar. Se este requisito não for respeitado e forem tratados como regras, tornam-se hierarquias abstratas que facilmente conduzem a soluções inestimáveis. E no que se refere à ponderação dos direitos (hierarquia concreta), o mesmo autor afirmou que nem mesmo a ponderação proposta por um setor do conflitivismo consegue resolver o problema da fundamentação adequada das soluções *ius* fundamentais, a insuficiência reside na falta de um critério ontológico que permita distinguir materialmente um direito do outro. Em ambos os casos, Alexy conclui afirmando que tanto a hierarquia como a ponderação conduzem a uma relativização dos aspectos negativos e positivos dos direitos fundamentais. Com efeito, ao pressupor a necessidade de adiar um dos direitos em jogo, por um lado, seu papel de limites de poder é eclipsado e, por outro, o Estado é desvinculado de sua obrigação de promover seu efetivo cumprimento.

Damesma forma, Drago<sup>[32]</sup>, que, referindo-se à hierarquia e à ponderação dos direitos, escreve que ambos os métodos de interpretação mantêm um alto grau de semelhança entre si, uma vez que um dos bens ou direitos em jogo pode ser preferido de forma absoluta e abstrata, ou condicional e especificamente - hierarquia e equilíbrio, respectivamente -, mas acaba por dar prevalência a um sobre o outro em caso de conflito. Assim, a hierarquia sacrifica um dos bens aparentemente concorrentes no abstrato, *o teste de equilíbrio* o faz especificamente.

Portanto, as posições conflituosas, tanto em sua lógica conflitua de confrontar alguns direitos fundamentais com outros para que um seja deslocado e esquecido para permitir a validade do outro, assim como nos métodos que utilizam para resolver os chamados "conflitos" de direitos, produzem uma série de prejuízos que não só a tornam criticável, mas também a gravidade que suas consequências supõem para a totalidade, validade dos direitos, direitos constitucionais da pessoa, obriga a tentar uma formulação dos direitos que permita, não o deslocamento ou imposição (abstrata ou concreta) de um direito sobre outro, mas, pelo contrário, permite uma validade conjunta e harmoniosa de todos os direitos constitucionalmente reconhecidos aos seres humanos<sup>[33]</sup>.

## 7 CONCLUSÃO

Alexy relaciona sua *Teoria dos direitos fundamentais* com sua *Teoria da argumentação jurídica*, da seguinte forma: um discurso *ius* fundamental é um procedimento argumentativo e trata-se de alcançar resultados *ius* fundamentais corretos a partir da base apresentada. A argumentação prática geral é um elemento necessário do raciocínio ou discurso fundamental. Isso significa que o discurso *ius* fundamental compartilha com o discurso jurídico em geral, a insegurança do resultado prático geral. A fundamentação apresentada confere à argumentação *ius* fundamental certa firmeza e

clareza, e através das regras da lógica, argumentação prática e argumentação jurídica, a argumentação ius fundamental que se realiza será estruturada racionalmente.

Dada a insegurança do resultado, diz Alexy, é necessária uma decisão ius fundamental dotada de autoridade. Se não for possível ao parlamento ser juiz da legislação que aprova, caberá a um Tribunal Constitucional realizar essa tarefa. A decisão proferida por este Tribunal deve ser justificada e criticada num discurso racional ius fundamental.

Para finalizar, queremos destacar algo que Alexy (2011) escreve: "o peso dos princípios não é determinável em si ou absolutamente, mas *sempre* pode ser falado *apenas* de pesos *relativos*" (p. 161).

## 8 REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DRAGO, G. D. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul/RS: Educus, 2019.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Altas, 2011.

NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROBLES, G. **Direitos fundamentais e ética na sociedade de hoje**, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VASCONCELLOS, M. ; FERRAZ, A. **Direito constitucional**. São Paulo: Rideel, 2009.

WILLIS, S. G. (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

NOTAS:

---

[1] FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015, p. 49.

[2] SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 87.

[3] ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 49.

[4] BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 83.

[5] Idem, p. 85.

[6] NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 44.

[7] WILLIS, S. G. (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997, p. 27.

[8] VASCONCELLOS, M. ; FERRAZ, A. **Direito constitucional**. São Paulo: Rideel, 2009, p. 72.

[9] FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015, p. 53.

[10] DRAGO, G. D. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul/RS: Educus, 2019, p. 29.

[11] FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015, p. 58.

[12] Idem, p. 59.

- [13] NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 52.
- [14] BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 172.
- [15] Idem, p. 174.
- [16] PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 50.
- [17] CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 79.
- [18] BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 181.
- [19] DRAGO, G. D. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul/RS: Educus, 2019, p. 37.
- [20] CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 84.
- [21] LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.
- [22] CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 88.
- [23] DRAGO, G. D. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul/RS: Educus, 2019, p. 44.
- [24] MORAES, A. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 87.
- [25] LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.
- [26] ROBLES, G. **Direitos fundamentais e ética na sociedade de hoje**, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997, pp. 18-20.
- [27] ALEXY, R. (1986). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.
- [28] DRAGO, G. D. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul/RS: Educus, 2019, p. 51.

[29] ROBLES, G. **Direitos fundamentais e ética na sociedade de hoje**, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997, p. 25.

[30] LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

[31] ALEXY, R. (1986). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97.

[32] DRAGO, G. D. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul/RS: Educus, 2019, p. 60-2.

[33] LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

## O CRIME ORGANIZADO E O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA

**ALIXANDRE BARROSO VIEIRA:** Mestre em Direito pela PUC/MG, pós-graduado em Ciências Penais pela mesma instituição e graduado em direito pela Funcesi. Ex-Professor de Direito Penal e Processo Penal do CENSI - Itabira (graduação); e da Funcesi nas disciplinas de direito penal (professor visitante da graduação). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. É ainda pós-graduado lato sensu em Direito Ambiental, e Direito Processual Civil, pela Faculdade Internacional de Curitiba - FACINTER. Advogado Criminalista.<sup>27</sup>

O crime organizado, não pode ser categorizado. A lei de combate as organizações criminosas, vem na linha de um direito penal expansionista, buscando a eficiência punitiva, com a criação de diversos instrumentos de repressão ao crime organizado. Sabe-se que a criminalidade, atrai um certo fascínio no ser humano, sendo tema de filmes e seriados, porém muitas vezes esse programas desvirtuam a realidade. Assim como ensina Hassemer:

Não só o "criminal", mas também o "criminoso" fascina. A história da literatura está cheia de crime e castigo, criminalidade e Direito Penal. Os thrillers (ou os telefilmes e filmes) são algo normal e geralmente um bom negócio. "Os meios de comunicação informam quase exclusivamente sobre casos penais, porque assim, satisfazem o interesse de seus leitores, ainda que seja à custa de desfigurar a realidade da Administração da Justiça". Para a maior parte das pessoas, incluindo os que iniciam os estudos de Direito, "o Direito Penal" é o Direito por excelência. (HASSEMER, 1989. p. 31, tradução nossa)[1].

Cada vez mais na sociedade é tomada por uma onda de terror, imposto pela mídia. Se prega um direito penal máximo, para a solução de conflitos que poderiam ser resolvidos pelos demais ramos do direito, as ciências criminais devem ser usadas somente como um direito de *ultima ratio*. Nesse sentido leciona Prado "o uso excessivo da sanção

---

27 E-mail: [alixandreadvogado@hotmail.com](mailto:alixandreadvogado@hotmail.com)

criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa". (PRADO, 2007, p. 143).

E assevera Henrique Viana: "A aplicação legítima do Direito Penal exige sua utilização somente em último caso, para intervir minimamente na vida das pessoas. Não se pode tolerar uma inflação legislativa penal, pois conduz a uma ineficácia do sistema". (PEREIRA, 2014, p. 116).

Infelizmente existem no Brasil diversos jornalistas de programas policiais, formadores de opinião, que têm usado seus programas para exigir do Estado leis mais duras, e até pena de morte, o que acaba manipulando a opinião pública. Deste modo o poder público é pressionado a promover a criação de novos tipos penais, o que acaba por criar um descrédito no direito penal. Assim ensina Roxin (2002):

A intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado, entende-se que o Estado não deva recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção, se existir possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais. (ROXIN, 2002, p. 264).

Uma crítica é cabível aos que defendem um maior rigor na aplicação da pena, é no sentido que, em termos gerais, a gravidade da pena, não provoca coação psicológica no indivíduo que tem a intenção de praticar um injusto. Pode-se dizer que, o que provoca coação psicológica é a certeza ou grande probabilidade de ser sancionado pela lei penal. Nesse sentido ensinava Beccaria (2005):

Da simples consideração das verdades até aqui expostas, resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranquilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e menos penosa no corpo do réu (BECCARIA, 2005, p. 62).

Segundo Roxin, a teoria da prevenção geral, apresenta defeitos teóricos e práticos, para o ilustre penalista a pena não pode ser usada como forma de terrorismo estatal. Infelizmente na prática, o Estado tem usado do direito penal simbólico, bem como do "terrorismo estatal" com o fim de coibir delitos através da gravidade pena, um exemplo seria a lei de crimes hediondos. Essa prática infeliz do legislador deve ser evitada sob pena de se violar a dignidade da pessoa humana (ROXIN, 1997, p. 93).

O crime organizado é tomado pelo Estado, como o inimigo da vez, merecendo uma forte reprimenda penal. Os políticos amparados na sensação de insegurança gerada pela mídia, se utilizam de um discurso punitivista para angariar votos da população. Porém sabe-se, que as teorias justificacionistas da pena não tem realizado as suas funções declaradas; aliás a única teoria da pena que cumprindo a sua finalidade é a teoria retributiva, de impor o mal da pena ao mal do crime de forma cruel e desumana (YAROCHEWSKY, 2004, p. 220).

A criminologia crítica ao abordar esse assunto, revela que a pena tem uma finalidade oculta, qual seja de garantir uma sociedade desigual; esta sim sua real finalidade. O direito penal infelizmente está a serviço dos burgueses. Sabe-se que o direito penal é seletivo, e provoca a estigmatização em indivíduos excluídos das relações de produção e de baixa renda. Tem ainda a função política de garantir e reproduzir a escalada social vertical como uma das funções da pena, bem como encobrir e imunizar condutas das elites com alto poder econômico (BARATTA, 2004, p.173-175). Nesse sentido, afirma com autoridade Maria Lucia Karam (1991):

Mas, onde a eficácia publicitária do sistema penal se manifesta mais forte e perversamente e em sua atuação sobre as classes subalternas, que, desejando a solução penal, não percebem que são elas próprias as vítimas preferenciais daquela carga de estigma, injustiça e violência; que, levadas a aplaudir a solução extrema da pena de morte oficializada ou extra-oficial, não percebem que estão assinando suas próprias sentenças de morte. Fazendo acreditar na fantasia de uma falsa solução, que, além de ineficaz e inútil, causa sofrimentos desnecessários, seletiva e desigualmente distribuídos, provocando, ainda, um enorme volume de violência, sob a forma de deterioração moral, privação de liberdade e morte. O sistema penal poderia, facilmente, se enquadrar entre os produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos, cuja publicidade enganosa ou abusiva se pretende proibir, através da paradoxal criação de novos crimes, por uma lei penal, que, assim, contraria a si mesma. (KARAM, 1991, p. 207).

Michel Foucault adverte que estes modelos justificacionistas são falidos, o que já foi constatado pelo Estado, muito embora o Estado ainda insista em justificar e usar a pena com essas finalidades falaciosas (FOUCAULT, 1999. p. 126-127).

Atualmente vive-se em uma sociedade de risco, que cria na população, o sentimento de insegurança, gerado pela violência decorrente das práticas delitivas. O processo de globalização, a sociedade de risco e a exclusão social, contribuem para a formação da sensação de insegurança (SANCHES, 2001).

Com isso, o Estado busca reprimir o crime, através da voraz criação de crimes de perigo abstrato, delitos de acumulação e até intervenção penal para alguns atos meramente preparatórios. Ou seja, o direito penal clássico, que agia *pos factum*, hoje tenta antecipar a punição o quanto antes possível (SANCHES, 2001).

Para fazer frente ao crime organizado o Estado vem hipertrofiando o direito penal, com novas leis que visam combater com maior rigor alguns delitos como o terrorismo, criminalidade organizada, tráfico de pessoas, o tráfico internacional de drogas entre outros delitos. Essas novas leis são mais rígidas e vulneram direitos e garantias fundamentais dos acusados, tais como o direito de não se autoincriminar, o direito à intimidade, dentre outras. Não foge deste escopo, as palavras de Klaus Günther (2009):

Começou há muito tempo o processo de expansão do direito penal a tal ponto que ele passa a violar os interesses protegidos por lei. Além disso, a luta contra o crime organizado abriu as portas para um enrijecimento drástico do direito penal material e processual (GÜNTHER, 2009, p.14).

Nesse sentido é a lei que trata do terrorismo, o *Patriotic Act* nos Estados Unidos da América do Norte. Outro exemplo de legislação mais rígida, nesse mesmo sentido, ocorreu na Alemanha em reação a alguns atentados terroristas realizados por Andreas Baader e Ulrike Meinhoff, durante a década 1970. Quando o legislativo alemão editou em 20 de setembro de 1974, que proibia a defesa de mais de um cliente por advogado, e que liberava que a instrução sem advogado.

No ano de 1976, a Alemanha editou a Lei Antiterrorismo, que estabelecia um maior rigor no controle das correspondências dos encarcerados, previa ainda o procedimento do processo de advogados que fossem cúmplices com seus réus bem como a prisão preventiva de suspeitos de condutas terroristas. No ano seguinte, para ser mais preciso em 30 de setembro de 1977, ainda na Alemanha, o legislativo a lei que liberava o isolamento total dos presos suspeitos de terrorismo, pelo período de quinze dias, tudo isso sem a necessidade de autorização judicial. O combate ao terrorismo na Alemanha estava se

tornando cada vez mais extremo. Foi quando em 13 de abril de 1978, se promulgou a lei que excluía o defensor e não vedava a detenção de qualquer suspeito (GRECO FILHO, 2014. p. 9-10).

Percebe-se que o direito penal de emergência não é exclusividade do Brasil, e sim um fenômeno global, que merece um cuidado especial sob pena de violação da Constituição Federal. Nesse sentido Oren Gross argumenta:

Tempos de crise representam o maior e mais sério perigo às liberdades e princípios constitucionais. Nesses tempos, a tentação de desprezar liberdades constitucionais está em seu auge, enquanto a efetividade dos tradicionais pesos e contrapesos está em seu ponto mais baixo. Em tempos de crise, é frequentemente discutido que minúcias legais devem ser colocadas em segundo plano, como luxos a serem desfrutados somente em tempos de paz e tranquilidade. No entanto, é precisamente nesses tempos que as salvaguardas constitucionais para a proteção de direitos, liberdades e garantias são postas à prova. Um comprometimento contínuo com a preservação e manutenção de direitos, liberdades e garantias deve ser conciliado com a cautela contra a transformação da constituição em um pacto suicida. (GROSS, 2003, p. 1027-1028, tradução nossa)[2].

O poder público mesmo que pressionado pelos meios de comunicação, não pode violar direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sob pena de regredirmos a um Estado inquisitivo. Para que o Estado possa fazer frente ao crime organizado, é preciso agir dentro da legalidade, através de meios de investigação eficazes e sempre com um filtro constitucional.

Não é viável, o Estado buscar uma eficiência punitivista a todo custo, pois invariavelmente o "direito penal eficiente" terá efeitos negativos a longo prazo. É preciso entender que, se a sociedade busca um direito penal forte, ela irá pagar um alto preço, pois não existe um direito penal forte de custos nulos. E vários princípios constitucionais conquistados pela sociedade, iram se perder, com exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana (HASSEMER, 2003. p. 66). Princípio este que foi conquistado sob duras penas, como observa Pontes de Miranda, "por lentas e dolorosas conquistas na história da humanidade" (MIRANDA, 1947, p. 238).

Ninguém deseja que a prática de crimes permaneça impune, muito menos que Estado puna os indivíduos com desrespeito as garantias processuais penais e constitucionais. É preciso haver equilíbrio do *jus puniendi* estatal, este é um dos maiores desafios do direito penal hodierno.

## REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. In: HELMOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

ANDRADE, *Manoel da Costa*. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. *Policía judicial y sistema acusatorio*. 3. ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Compilación in memoriam. Montevideú, Argentina: Editorial Ibdif, 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. Revisão Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães, 11. ed. São Paulo: Hemus, 2011.

BECHARA, Fábio Ramazzini; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Crime organizado – aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Cap. 6, p. 153-184.

BELING, Ernst Von. *Esquema de Derecho Penal la douctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. Francisco de Vitoria and the Dogmatic Root of Contemporary Criminal Law. In: Bernd H. Oppermann, Hilmar Fenge, Vasco Pereira da Silva, Sylvia Calmes-Brunet and Regina Valutyte (Ed.). *International Legal Studies III by European and*

*International Scholars of the ELPIS Network*. Universitätsverlag Halle-Wittenberg: Halle an der Saale, 2016. Cap. 4, pag. 33-46.

BRANDÃO, Cláudio. Inconsciência de antijuridicidade - sua visão na dogmática penal e nos Tribunais brasileiros. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, Coimbra Editora, A. XLI, N. 1, 2000.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. (Ciência criminal contemporânea).

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001. Altera os arts. 1o e 2o da Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 Abr. 2001. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10217.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm)>. Acesso em; 05 Maio 2016.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 Ago. 2013. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 05 Maio 2016.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. V. 1 e 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. V.1, t.1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. *Aspectos Jurídicos-Operacionais do Agente Infiltrado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CURY URZÚA, Enrique. *Derecho penal - Parte general*. Santiago: Jurídica de Chile, 1992.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2001.

DEL POZO PÉREZ, Marta. El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española. En: *Criterio Jurídico*. Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana, Santiago de Cali, v. 6, 2006.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

EDWARDS, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Modificación a la ley de estupefacientes. Análisis de la ley 24.424. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

ESPAÑA. Real *Decreto de 14 de septiembre de 1882*, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, 17 Sep. 1882. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=1&p=20151006&vd=#a282>>. Acesso em: 07 Set. 2016.

FELICIONE, Paola. Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma. *L'indicePenale*, Padova, n. 2, p. 523 e ss. *Indice pen.*, 1999, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto André Ibañez; Affonso Ruiz Miguel; et all. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias em O Novo em Direito e Política*. Tradução de Eduardo Maia Costa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal- Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Leis penais especiais e sua interpretação judicial*. V. 1. 7. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Estudio Introductorio de Gonzalo D. Fernández; José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2005.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche em el derecho penal*. Buenos Aires: IBdef, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de La Culpabilidad*. 2. ed. Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Também em matéria processual provoca inquietação a Lei Anti-Crime Organizado. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 13, fev.1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de Organização Criminosa: 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Luís. As Regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*, n. 78, p. 7-40, 2009.

GROSS, Oren. *Chaos and Rules: should responses to violent crises always be constitutional?* *The Yale Law Journal*, v. 112, 2003.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Tóxicos: comentários, jurisprudência e prática à luz da Lei 10.409/02*. Curitiba: Juruá, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HADDAD, Carlos H. B. *Conteúdo e Contornos do Princípio Contra a autoincriminação*. 2003. 352 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. Disponível em:

<<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-96KKJQ>>. Acesso em: 07 Set. 2016.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2. ed. Buenos Aires; Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005.

HASSEMER, Windfried. "Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y Razones". *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 12, n. 14, p. 7-11, 1997. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17094.pdf>>. Acesso em: 17 Out. 2016.

HASSEMER, Windfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

HUNGRIA, Nelson. Confissão (limite do direito à). In: SANTOS, J.M. de Carvalho (Coord.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. V. XI. Rio de Janeiro; Borsó, 1972.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. 1, t. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ISRAEL, Jerold H.; Lafave, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 5. ed. Saint Paul: West Publishing Co. 1993.

JAKOBS, Gunther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. *Ritsumeikan Law Review*, n. 21, p. 93-107, 2004.

JAKOBS, Günter. *Sobre la teoría de la pena*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Cuadernos de Conferencias y artículos, n. 16. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JARAMILLO, Andrés David Ramírez. *El agente encubierto frente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación*. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010. (Colección Mejores trabajos de grado).

KARAM, Maria Lucia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luam, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. rev. atual. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALATESTA, Nicola Framanno dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción y notas de Derecho Espanhol por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel Barcelona, 1962.

MAZUR, Robert. *O infiltrado*. Tradução de Christian Schwartz e Liliana Negrello. Curitiba: Nossa Cultura, 2010.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELIÁ, Manuel Cancio; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. *Crime organizado – tipicidade, política criminal e processo*: Brasil, Espanha e Colômbia. Organização de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: ¿"derecho penal" del enemigo? In: STRECK, Lenio Luiz (Org.) et al. *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Cap. 5, p. 483-500.

MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. 2. ed. Tradução de José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. parte geral, arts. 1º a 120 do CP, v. 1. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947.

MONTEROS, Rocío Zafra Espindosa de los. *El Policía Infiltrado – Los Presupuestos Jurídicos en el Proceso Penal Español*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

MONGUI, Pablo Elías González. *La policía judicial en el sistema penal acusatório*. Bogotá, Editorial Doctrina y Ley, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação*. 2006. 166 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. parte geral: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ONETO, Isabel. *O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PACHECO, Rafael. *Crime Organizado: medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2007.

PARDO, Frédéric. *Le groupe en droit pénal*. Des foules criminelles au crime organisé: Contribution à l'étude des groupes criminels, 2004.

PEREIRA, Henrique Viana. *A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários*. 2014. 216 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_PereiraHVd\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraHVd_1.pdf)>. Acesso em: 07 Set. 2016.

PEREIRA, Henrique Viana; SALLES, Leonardo Guimarães. *Direito Penal e Processual Penal: tópicos especiais*. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2014.

PERREIRA, Flávio Cardoso. *El agente infiltrado desde el puento de vista del garantismo processual penal*. Curitiba: Juruá, 2013.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo: desmistificación de um concepto*. Lima, Peru: Editora Jurídica Grijiley, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhansen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROJAS, Edgar Saavedra. Jornadas de Derecho Procesal Penal. Sextas Jornadas Del Derecho Procesal Penal. Temas actuales del derecho Procesal. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, p. 403-574, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. *A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal*. 2. ed. Letras e Conceitos, 2015.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general tomo I: fundamentos la estructura de la teoria del delito*. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesa. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro. Renovar, RJ: 2002.

ROXIN, Claus. Por uma proibição de valorar a prova nos casos de omissão do dever de informação qualificada. *IBCCRIM - Revista Liberdades*, n.4, maio-agosto. 2010.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXV, fascículo I, enero-abril de 1982.

SÁINZ CANTERO, José Antonio. *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma em Derecho penal*. Granada: Universidad de Granada, 1965.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Aproximación al Derecho Penal contemporaneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *O Direito Penal do Inimigo - ou o Discurso do Direito Penal Desigual*, 2012. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>. Acesso em: 06 Out. 2016.

SENADO DE LA REPUBLICA COLOMBIANA. *Actas de Plenaria*: número 50 de la sesión ordinaria del día miércoles 9 de junio de 2004. Gaceta del Congreso: Bogotá, D. C., año 13, n. 359, p. 35 19 de julio de 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. y ampl. Madrid: Civitas, 2001.

SOUSA, Marllon. *Crime Organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. La ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org). *Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. V. 31. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Cap. 11, p. 65-97.

TAYLOR, Jonh B. *The rights to counsel and privilegie against self-incrimination: rights and the liberties under the law*. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 1997.

UVILLER, H. Richard. Self-incrimination by inference: constitutional restrictions on the evidentiary use of a suspect's refusal do submit to a search. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern, v. 81, n. 1, 1990.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; ALVES, Manuel João; e GONÇALVES, Fernando. *O novo regime jurídico do agente infiltrado*. Coimbra: Almedina, 2001.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: parte general*. 4. ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. Santiago: Editora Juridica de Chile: 1993.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. 2004. 239 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 1996.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NOTAS:

---

[1] No sólo "lo criminal", también el "criminal" fascina. La historia de la literatura está llena de crimen y castigo, criminalidad y Derecho penal". Las novelas policiacas (o los telefilms y películas) son algo normal y generalmente un buen negocio. Los medios de comunicación informan casi exclusivamente de casos penales porque así satisfacen el interés de sus lectores, aunque sea a costa de desfigurar la realidad de la Administración de Justicia ". Para la mayor parte de la gente, incluyendo a quienes inician los estudios de Derecho, "el Derecho penal" es el Derecho por excelência.

[2] Times of crisis pose the greatest and most serious danger to constitutional freedoms and principles. In such times, the temptation to disregard constitutional freedoms is at its zenith, while the effectiveness of traditional checks and balances is at its nadir. In times of crisis, it is often argued, legal niceties may be cast aside as luxuries to be enjoyed only in times of peace and tranquility. Yet, it is precisely in such times that constitutional safeguards for the protection of rights, freedoms, and liberties are put to the test. A continued commitment to preserving and maintaining rights, freedoms, and liberties ought to be reconciled with the caution against turning a constitution into a suicide pact.

## OFENSAS RACIAIS NO FUTEBOL BRASILEIRO

**JOÃO PAULO GARUTTI QUADRELI:**  
Graduando em Direito na Universidade  
Brasil.<sup>28</sup>

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

**RESUMO:** Em um todo, as ofensas raciais, como por exemplo, o racismo e a injúria racial estão presentes por todo o mundo, desde os primórdios, no qual os Europeus consideravam pessoas de pele branca, mais inteligentes e com capacidade de inteligência maior do que a dos negros e pardos, que muitas vezes eram comparados à animais. Até hoje, na sociedade contemporânea e principalmente no Brasil, podemos vivenciar desigualdades, ofensas, insultos, pelo simples fato de sua pele ser negra. Assim como na sociedade, as ofensas raciais, também estão presentes no esporte mais popular do mundo e do Brasil, o futebol, que mesmo com grandes ídolos, tais como, Pelé e Garrincha, apresentam casos que assolam o esporte mais querido do mundo até os dias atuais. E o que para muitos negros seria uma oportunidade de vida melhor para eles e sua família, e consequentemente sendo uma das grandes formas de ascensão social para o mundo, estes não ficam isentos desses atos maldosos e cruéis. Este trabalho tem como objetivo apresentar uma breve contextualização do negro na sociedade e no esporte, bem como, estudar e evidenciar casos de racismo e ofensa racial no futebol brasileiro, sendo constatado que a falta de punição diminui drasticamente as denúncias pelos atletas, fortalecendo estes atos preconceituosos.

**Palavras-chave:** Racismo. Injúria racial. Futebol. Brasil

**ABSTRACT:** As a whole, racial offenses, such as racism and racial slurs, are present all over the world, since the beginning, in which Europeans considered people with white skin, more intelligent and with a capacity for intelligence greater than the average person. of blacks and browns, who were often compared to animals. Even today, in contemporary society and especially in Brazil, we can experience inequalities, offenses, insults, for the simple fact that your skin is black. Just like in society, racial offenses are also present in the most popular sport in the world and in Brazil, soccer, which even with great idols, such as Pelé and Garrincha, present cases that devastate the most beloved sport in the world even to the current days. And what for many black people would be an opportunity for a better life for them and their family, and consequently being one of the great forms of social

---

<sup>28</sup> E-mail: [jpgquadrelli@gmail.com](mailto:jpgquadrelli@gmail.com)

ascension for the world, they are not exempt from these evil and cruel acts. This work aims to present a brief contextualization of black people in society and sport, as well as to study and highlight cases of racism and racial offense in Brazilian football, and it was found that the lack of punishment drastically reduces complaints by athletes, strengthening these acts. prejudiced.

Keywords: Racism. Racial insult. Soccer. Brazil

**Sumário:** 1. Introdução 2. Racismo 3. Injúria Racial 4. Ofensas Raciais no Futebol Brasileiro 4.1. Benefícios do Futebol na Sociedade 5. A Importância da Atuação da CBF e da FIFA no Combate às Ofensas Raciais 5.1. Importância da Participação dos Jogadores e Torcedores no Combate às Ofensas Raciais 6. Hipóteses de Solução 7. Considerações Finais e Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Mundialmente conhecido, o Brasil é classificado por todos como o país do futebol, em outras palavras, aquele que detém o melhor futebol, que tem os melhores jogadores e aquele que pratica o chamado “futebol arte”, mesmo que sua origem se tenha dado na Europa, mais especificamente, na Inglaterra por volta do ano de 1863.

Já no Brasil, o futebol chegou por volta do ano de 1894, trazido por Charles Miller, filho de um inglês com uma brasileira, no qual, desde o início, apenas ricos e brancos (elite da sociedade) eram os que praticavam o esporte. Portanto, o preconceito racial, o racismo, a discriminação e a injúria racial são companheiros do futebol brasileiro desde seus primórdios, e no Brasil, já o primeiro e grande acontecimento, foi quando o jogador do Fluminense, Carlos Alberto, em 13 de maio de 1914 ganhou o apelido de “Pó de Arroz” em referência ao pó que usava em seu rosto para parecer mais claro antes das partidas, na tentativa de ser aceito pelo clube e conseqüentemente pelos torcedores. O tempo se passou e por volta do século XIX, com a chegada dos imigrantes em nosso país, e conseqüentemente, a profissionalização do futebol no Brasil em 1933, possibilitou aos jogadores negros e mestiços a possibilidade de ascensão social. Tornando, assim, o futebol, uma grande relevância para a cultura nacional, criando um vínculo/identidade. Segundo Lucena (2002).

O futebol surge no Brasil num contexto específico de nossa sociedade, cada vez mais urbana e com o encontro de culturas diferentes, com o fim do trabalho escravo, o aumento da imigração e uma série de mudanças que favoreceram a ampliação de ações no sentido de um redirecionamento ao estilo europeu de vida. (LUCENA, 2002, p. 35)

Desta forma, é imprescindível falar em futebol e não o relacionar a uma base da sociedade brasileira. Nesta linha de raciocínio, HELAL (1997, p. 25) destaca que, "O futebol no Brasil pode ser visto como um poderoso instrumento de integração social. Através do futebol, a sociedade brasileira experimenta um sentido singular de totalidade e unidade, revestindo-se de uma universalidade capaz de mobilizar a gerar paixões em milhões de pessoas".

Fica evidente a proporção e os benefícios que esse esporte tem na sociedade, tanto quando falamos em benefícios à saúde, disciplina, perseverança, mas também, na questão da socialização, na forma de integração social, enquadrando os menos favorecidos e prejudicados. Além disso, é considerado um instrumento de relacionamento social extremamente valioso que permite ao praticante revelar suas intenções, expressar seus sentimentos e obter novas interações e amizades.

Em conjunto à evolução do futebol, temos outro ponto positivo, importante a se destacar, que foi o surgimento de novas tecnologias e mídias digitais, que tem papel fundamental para externar o combate a essas práticas, seja divulgando atos preconceituosos, com o intuito de educar, visando coibir futuros atos. Porém, de uma forma negativa, "auxilia" na propagação do discurso racista praticado pela população.

Mesmo com toda a evolução social e tecnológica, atualmente ainda é possível vivenciar vários casos de racismo e injúria racial no futebol, seja dentro, ou ao redor do estádio, entre torcedores, entre torcedores e jogadores e até mesmo contra árbitros, praticados em jogos do futebol nacional e internacional.

Portanto, é impossível estabelecer que, a obtenção das glórias conquistadas por grandes jogadores do esporte, não é o bastante para erradicar os atos, mas, há a necessidade de mudanças ainda maiores, que consigam erradicar o racismo estrutural da sociedade brasileira que acaba transparecendo no esporte mais amado do Brasil.

Nesse sentido, de que forma o aporte na exposição das ofensas raciais e principalmente a devida punição pode auxiliar na prática estável do futebol, que é uma das principais fontes de socialização e inclusão social?

Desta maneira, a fim de buscar algo mais próximo à solução deste questionamento, o presente trabalho tem como objetivo examinar os atos discriminatórios de maneira ampla, correlacionando-os ao esporte mais praticado no país, o futebol, abordando desde os casos mais antigos até os mais recentes. No mais, através da utilização de livros, interpretações doutrinárias e da legislação vigente, em razão da relevância do tema, será

discorrido sobre o conceito do racismo e da injúria racial, e como esses atos surgiram no âmbito do futebol, com a finalidade de auxiliar na educação e conscientização, visando o fim dessas práticas cruéis que assolam à sociedade até hoje.

## 2 RACISMO

A origem do racismo no Brasil remonta ao período colonial, quando os portugueses iniciaram a exploração das riquezas do país e trouxeram milhares de africanos escravizados para trabalhar nas plantações. Os escravos africanos eram tratados como propriedade e colocados a condições desumanas de trabalho e vida, sendo considerados inferiores aos brancos e ricos da época.

O racismo no Brasil também foi alimentado pela falta de acesso à educação, saúde e moradia digna, além de outros critérios, tais como, a violência policial e a representação estereotipada e negativa dos negros nos meios de comunicação e de trabalho.

Em suma, o racismo no Brasil, é uma herança do passado colonial e escravista do país, devido a uma série de fatores históricos, culturais e sociais que reforçam a exclusão do indivíduo perante à sociedade.

Essa opressão e desumanização dos negros africanos e seus descendentes criou uma estrutura de desigualdade e discriminação que se mantém até os dias atuais, e no mundo do futebol, não seria diferente.

O racismo é uma forma de discriminação baseada em características físicas, culturais ou étnicas, podendo ocorrer quando uma pessoa ou um grupo é tratado de maneira diferente ou inferior justamente por causa de sua raça ou cor. O racismo pode se manifestar de várias formas, tais como, preconceitos, esteriótipos, violência, exclusão social, entre outros.

Em razão disso, viu-se a necessidade de criação da Lei 7.716 de 5 de Janeiro de 1989, responsável por criminalizar o racismo no Brasil, com o intuito de combater a distinção racial e promover a igualdade de direitos entre as pessoas de diferentes cores. Diante disso, os artigos 1º e 2º da Lei 7.716/1989, determina que:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional.

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas.

A referida lei é considerada uma ferramenta muito importante para o combate ao racismo, mas ainda há muito a ser feito para garantir a efetiva igualdade de direitos entre todas as pessoas.

### **3 INJÚRIA RACIAL**

A injúria racial consiste em ofender a motivação de alguém com base em sua raça, cor, etnia, religião ou origem, sendo considerada um ato discriminatório e ilegal. É caracterizada por atos, palavras, gestos, escritos, entre outras formas de expressão que tem como objetivo humilhar ou menosprezar uma pessoa por sua cor, independentemente que haja violência física ou não, bastando somente a presença da violência verbal ou oral.

Este crime está tipificado no Código Penal brasileiro e é considerado uma forma de racismo, sendo punível com pena de reclusão, que pode variar de um a três anos, além de multa, assim como previsto no artigo 140, parágrafo 3º do Código Penal:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:  
§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência:  
(Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023) Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A injúria racial é um ato grave que pode vir a causar enormes prejuízos emocionais e psicológicos para a vítima, além, de perpetuar a consciência racial na sociedade.

### **4 OFENSAS RACIAIS NO ÂMBITO DO FUTEBOL**

Quando chegou ao Brasil, por volta do século XIX, o futebol era utilizado como forma de entretenimento, algo amador e como na época o custeio era muito caro, o privilégio era para poucos, apenas os mais ricos, brancos e de classe alta estavam envolvidos. Por volta do ano 1900, com o aumento da popularidade e consequentemente a profissionalização, alguns jogadores negros começaram a ser introduzidos no esporte.

Um exemplo clássico da barreira racial dos clubes da elite nacional com a entrada dos jogadores negros é a história do pó de arroz, do clube das laranjeiras, o Fluminense, no qual o jogador Carlos Alberto passava pó de arroz em sua cara para ficar branca e ser aceito no esporte. Neste período, um dos times que mais se destacaram por introduzir os negros, foi a Associação Atlética Ponte Preta, time este da cidade de Campinas, Estado de São Paulo. Entre os fundadores do time Ponte Preta, existiam negros e mulatos, como

Benedito Aranha, já Miguel, "Migué" do Carmo foi jogador titular da equipe logo no ano de sua inauguração, em 1900 (FILHO, 2003). Porém, apesar das grandes conquistas da Ponte Preta no enfrentamento ao preconceito, o Vasco da Gama, time de futebol do Rio de Janeiro, foi o clube que entrou para a história ao contribuir de forma decisiva para a inclusão de atletas negros, mulatos e demais brasileiros que não pertenciam à elite. Após conquistar o campeonato carioca de 1923, ano de estreia na primeira divisão, o clube provocou o ego da elite do futebol da época, formada por Fluminense, Botafogo, América-RJ e Flamengo, que abandonaram a Liga local, criando uma nova liga.

Assim, o tempo foi se passando e juntamente com essa atualização, o profissionalismo provocou um reflexo ainda mais profundo na sociedade, ainda mais do que a aproximação de classes, ocasião em que foi o responsável por integrar, em definitivo, aqueles que eram excluídos pela cor de sua pele.

Foi assim que o Brasil despontou vários craques para o futebol mundial, dentre eles, alguns negros, como Pelé, Garrincha, Djalma, Didi, Jairzinho, Romário, Ronaldo, Ronaldinho Gaúcho, atualmente Neymar e Vinícius Júnior e tantos outros craques, sendo muitos destes, grandes responsáveis e protagonistas por conquistas em Copas do Mundo, no qual hoje, contamos com cinco. Muito em razão disso, atualmente somos conhecidos como, "país do futebol", mas mesmo com todos esses ídolos e todas essas conquistas dos negros para nossa nação, estes não estão isentos de sofrer estes ataques racistas que mesmo após mais de 100 anos, o futebol nacional e mundial ainda vem apresentando muitos casos, na maioria das vezes por partes de torcedores.

Frequentemente ainda vivenciamos casos de ofensas raciais nos estádios, e alguns ganharam uma proporção maior e que ficaram emblemáticos, como o caso do goleiro "Aranha", que em 2014, atuando pelo time do Santos Futebol Clube, em uma partida contra o Grêmio, no Rio Grande do Sul, pela Copa do Brasil, ouviu insultos da torcida adversária. O jogo, televisionado, alastrou as imagens claras da torcida pronunciando "macaco" e "preto fedido". E foi justamente por causas das imagens e pela rapidez das informações que se espalharam nas redes sociais, foi possível identificar a torcedora, que consequentemente veio a ser punida.

Outro caso, foi o do jogador Arouca, ex-jogador do Santos Futebol Clube, que também em 2014, durante uma partida do Campeonato Paulista, o jogador foi chamado de "macaco" pela torcida durante o jogo entre Santos e Mogi Mirim, na qual o time santista saiu vencedor. O caso de racismo foi registrado pela rádio da ESPN. "Isso é bom nem ouvir, né, nem dar ouvidos a essas pessoas, se é que dá para chamar isso de pessoas. Situação hoje em dia é difícil comentar, isso não acontece só no meio do futebol. Espero que alguém possa tomar uma providência muito severa, porque isso é lamentável", disse Arouca à rádio ESPN, logo após ser ofendido. (Arouca é chamado de "macaco" após vitória dos Santos, Jornal O Estado de São Paulo, 07 de março de 2014).

Atualmente, o craque do Real Madrid e da seleção brasileira, o Vinícius Júnior também foi vítima desses atos racistas, após uma fala durante um programa esportivo na televisão da Espanha. Em uma participação no programa de televisão local, “El Chiringuito de Jugones”, atração de debate futebolístico da emissora espanhola Mega, o empresário Pedro Bravo disse que o camisa 20 do Real Madrid precisa “deixar de fazer macaquice” [“hacer el mono”, em espanhol], em referência às danças que Vinícius Júnior costuma fazer após um gol.

Como podemos ver, muitos atos racistas ainda ocorrem de forma frequente, mesmo que a grande maioria da mídia relate as ofensas raciais ao público, que são expostas pelos seus meios de comunicação (mídia social, principalmente). Porém, uma falta de punição mais severa, inibi as denúncias dos jogadores e árbitros, fortalecendo e favorecendo que estas condutas preconceituosas continuem sendo proferidas. É necessário que haja uma quebra de paradigma, para que haja uma mudança coerente e constante dos conceitos e consequências da prática da injúria racial e do racismo.

Desse modo, não basta apenas combater o racismo no meio acadêmico ou socioeducacional, mas, é necessário também, agir no ambiente prático e técnico do esporte, para quem sabe, conseguir amenizar ou até mesmo cessar os atos discriminatórios.

#### 4.1 BENEFÍCIOS DO FUTEBOL NA SOCIEDADE

Esse esporte tem uma grande parcela de importância na sociedade, principalmente na parte da integração, uma vez que é um esporte jogado e assistido por milhares de pessoas no mundo todo.

O futebol pode ser um ponto de conexão entre pessoas de diferentes culturas e nacionalidades, promovendo a diversidade e a inclusão. Em muitos lugares, o futebol é um elemento unificador da comunidade, trazendo pessoas juntas em torno de um objetivo comum.

Ainda, o futebol pode ser uma ferramenta muito poderosa para a inclusão social, principalmente para jovens de comunidades carentes, tendo em vista que a prática do esporte pode proporcionar oportunidades de desenvolvimento, social e emocional entre a população em um todo.

Além disso, é uma atividade física muito completa e pode ter uma grande importância na saúde das pessoas. A prática regular do esporte pode trazer diversos benefícios, tanto para a saúde física quanto mental.

Em resumo, o esporte mais praticado pode ser um instrumento de integração social, inclusão, educação, e confiante para o desenvolvimento da saúde física e mental e emocional de jovens de diferentes origens, podendo ser capaz de ajudar a criar uma sociedade mais justa, respeitosa e igualitária.

## **5 A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DA CBF E DA FIFA NO COMBATE ÀS OFENSAS RACIAIS**

É adverso pensar que o Brasil sendo um país com “amplo leque” de diversidades, culturas, raças e origens ainda prevaleça atitudes deploráveis, fazendo com que o racismo, a injúria racial e o preconceito façam parte de nossa sociedade e em partes, ainda exista resistência quanto a esse tema. O esporte como um grande espetáculo mundial e fenômeno social, sendo capaz de proporcionar a segregação social e racial, dividindo e distinguindo as camadas sociais e raciais, e mesmo com grande cobertura por parte da mídia exteriorizando e discorrendo sobre este assunto, ainda haja a ocorrência de frequentes casos envolvendo negros no futebol. Logo, justifica-se a escolha deste tema justamente para abordar determinados fatos de racismo e injúria racial, que vem ocorrendo de forma ainda mais frequente nos últimos anos no futebol brasileiro, em estádios de futebol e até mesmo pelas redondezas e como a atuação das organizações no meio do futebol tem papel tão relevante para auxiliar no combate a estes atos deploráveis.

Justamente em razão deste tema, é de suma importância que duas das maiores entidades do futebol, a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) e a Federação Internacional de Futebol (FIFA) andem em conjunto com o fim de cessar essas práticas.

A estas duas grandes organizações basta que organizem medidas efetivas e importantes para o combate da injúria racial e racismo nos campos de futebol e ao redor dele, adotando uma política de tolerância zero, aprimorando ainda mais os sistemas de monitoramento eletrônico com câmeras de segurança, a fim de que se identifique os autores dessas cruéis práticas, além de, organizar ainda mais campanhas de conscientização para jogadores e torcedores

Ainda, talvez a medida mais importante a ser tomada é a medida da punição, através de punições mais severas, como, multas mais graves, aplicação de suspensão dos estádios, uma condenação e até mesmo uma pena de prisão, como meio de prevenir futuras ocorrências, sendo forma de incentivo para que as vítimas denunciem os autores desses atos, a fim de que sejam responsabilizados com consequências graves.

### **5.1 IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DOS JOGADORES E TORCEDORES NO COMBATE ÀS OFENSAS RACIAIS**

É evidente que o caminho para que quem sabe um dia possam cessar as ofensas raciais passa muito pela participação das duas das maiores organizações envolvidas no mundo do futebol, a CBF e a FIFA, todavia, vale ressaltar que o combate ao racismo no futebol não é responsabilidade apenas dessas entidades reguladoras, mas também passa pelos principais “atores do espetáculo”, como, jogadores, treinadores, árbitros e dirigentes, aderindo essas campanhas e transmitindo-as já que possuem papel muito importante na luta contra o racismo, tendo em vista que são figuras públicas e influentes, com grande poder de alcance entre a população, podendo inspirar outras pessoas a fazerem o mesmo, ajudando a criar uma cultura de respeito, compaixão e igualdade entre os integrantes do futebol e na sociedade.

Outro sujeito importante responsável pelo combate ao racismo, são os próprios torcedores, que também possuem poder de influenciar o comportamento dos demais espectadores, já que, ao se recusar em aceitar comportamentos racistas, os torcedores podem ajudar a criar um ambiente em que a detecção racial não seja tolerada.

Logo, a união de todos tem papel importantíssimo a respeito dos comportamentos racistas, sendo de suma importância para que haja a conscientização e fortaleça o combate à inscrição racial.

## **6 HIPÓTESES DE SOLUÇÃO**

Assim como dito, a participações das entidades, dos jogadores e torcedores em aderir às campanhas é de suma importância, poré, ainda, relacionado às formas de solucionar este problema, quando tratamos de temas de alto nível relevante à sociedade, nunca podemos deixar de lado as punições aos envolvidos/autores do crime. Como forma mais “óbvia” de sanar esta barreira, temos a aplicação de multa aos autores, porém, punições desse tipo não vem funcionando conforme esperado, podendo assim, propor então, espécies de multas mais severas. Há que se falar também, em possíveis punições ao clube, referente a perdas de pontuação no campeonato em que está disputando, ou até mesmo, como já é feito, perda do mando de campo, ou pode-se pensar em jogos com portões fechados, ou até mesmo, em atitudes mais severas, como a exclusão do clube do campeonato em que está disputando e que venha a ocorrer a atitude racista. Quem sabe assim, cada clube comece a trabalhar com seu torcedor, o “educando” para que isso não venha a se repetir. Outra questão é a criação de estratégias de enfrentamento ao racismo, como campanhas desenvolvidas pelos próprios clubes ou em parceria com entidades ligadas ao movimento negro.

A exposição dos casos por parte da mídia é papel fundamental, pois a matéria vai muito além da notícia fato, ao descrever o crime cometido, e amplia seu campo de pesquisa

no acompanhamento dos casos até a conclusão, nos entregando o desfecho completo do caso.

Em consonância com tudo isso, a principal fonte de solução deste problema, é a educação, ensinando desde os mais pequenos (crianças) à importância do respeito e da inclusão social, através de práticas recreativas e campanhas em escolas, estas que são fundamentais para a evolução da criança, que em um futuro, terão reflexo de suas atitudes na sociedade.

Só assim, quando torcedores, jogadores e organizações esportivas adotarem essa postura de punição e além de tudo, de respeito uns para com os outros, poderemos chegar, um dia, a um respeito mútuo, a fim de que o combate ao preconceito e a discriminação contribuam para um mundo mais respeitoso e inclusivo.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Brasil, é considerado um Estado Democrático de Direito, em que as leis são criadas pelo povo e para o povo, ocasião em que sempre deverá ser respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, ainda, considerado o país com a maior miscigenação cultural e ética do mundo, todavia, não podemos omitir que ainda existem muitos casos de racismo ou injúria racial em nossa sociedade, sendo um tema embora muito abordado ultimamente, com muitas considerações a serem feitas, a fim de que seja disseminado da sociedade tais fatos asquerosos que ainda nos rodeiam no dia a dia, principalmente no mundo futebolístico.

A presente pesquisa qualitativa objetivou analisar e entender um pouco mais sobre a importância do futebol no imaginário popular, destacando a origem do futebol no Brasil, ressaltando a presença de jogadores negros e evidenciando que mesmo após o fim da escravidão, ainda continuam sendo discriminados. Buscou também envolver os benefícios da prática do esporte como um meio de inclusão e socialização dos indivíduos da sociedade e no auxílio à saúde física e mental.

Ainda, teve como intuito subdividir-se em embasar o início do futebol no mundo, correlacionando com a introdução no Brasil.

Outro ponto abordado, foi o da importância do profissionalismo do futebol, proporcionando a inclusão de pessoas negras no esporte e a potencial formalização de campanhas realizadas por entidades, associações e federações que estão envolvidas no mundo do futebol.

Por fim, buscou discorrer sobre atos discriminatórios envolvendo o futebol, evidenciando as práticas de racismo e injúria racial que neste século XXI vem se tornando cada vez mais frequentes. Havendo também, o intuito de englobar jogadores negros que

marcaram o esporte com grandes participações e suas conquistas, fortalecendo ainda mais a rica história do nosso querido país.

## REFERÊNCIAS

Arouca é chamado de "macaco" após vitória dos Santos, Jornal O Estado de São Paulo, 07 de março de 2014 disponível: <http://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,arouca-e-chamado-de-macaco-aposgoleada-do-santos-em-mogi-mirim,1138189> Acesso em 02 de maio de 2023

FILHO, Mario. O negro no futebol brasileiro. Rio de Janeiro: Mauad, 2003.

HELAL, R. Passes e Impasses. Petrópolis: Vozes, 1997. <https://www.cnnbrasil.com.br/esporte/vinicius-jr-e-alvo-de-fala-racista-em-programa-de-tv-esportivo-na-espanha/>

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor.)

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10622481/paragrafo-3-artigo-140-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>

LUCENA, Ricardo. "Elias: individualização e mimesis no esporte". In: PRONI, M., LUCENA, R., Esporte: história e sociedade. Campinas, SP, Autores Associados, 2002.

## NAMORO QUALIFICADO OU UNIÃO ESTÁVEL? COMO DIFERENCIÁ-LOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

**DENER NERES CAMINHA:**  
Advogado e Pós-graduado em  
Direito Processual Civil<sup>29</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo estudar o instituto do namoro qualificado. O método de abordagem é dedutivo, sendo desenvolvido pela técnica de documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica (jurisprudência, publicações, legislação e livros). Desse modo, será apresentado inicialmente, uma análise sobre a união estável que é uma entidade familiar assegurada constitucionalmente e que muito se assemelha ao objeto alvo do presente estudo. Nesse sentido, será abordado o namoro como relacionamento afetivo, observando seu conceito e formação, bem como suas modalidades, e para uma melhor compreensão será pontuada a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que trouxe a denominação do instituto do namoro qualificado, que difere da união estável por não apresentar seu requisito subjetivo, o *animus maritalis* - ânimo de constituir família no presente.

**Palavras-Chave:** Namoro Qualificado. União Estável. *Animus Maritalis*.

**ABSTRACT:** This article aims to study the institute of qualified dating. The method is deductive, therefore, it is developed by the technique of indirect documentation, through bibliographic research (jurisprudence, publications, legislation and books). Thus, it will initially present an analysis about a stable union that is a constitutionally assured family entity and that has many similarities to the institute target of the present study. In this sense, will be approached dating as an affective relationship, observing its concept and formation, as well as its modalities, and for a better understanding will be punctuated the recent decision of the Superior Court of Justice, which brought the denomination of the institute of qualified courtship, which differs from the stable union by not presenting its subjective requirement, *animus maritalis* - the spirit of constituting family in the present.

**Keywords:** Qualified Dating. Stable union. *Animus Maritalis*.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A origem do Namoro Qualificado. 2. Namoro simples. 3. Namoro Qualificado x União Estável. 4. *Affectio Maritalis*. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A união entre duas pessoas é um ato que vem acontecendo desde os primórdios, repercutindo em várias áreas do viver individual, haja vista, que ambas as partes envolvidas

<sup>29</sup> E-mail: denerner3@hotmail.com

na relação passam por uma série de mudanças, havendo trocas de experiências, ideologias, responsabilidades, etc., bem como, na vida coletiva, pois a união seria um pressuposto para a construção de uma família que é o instituto fundamental para o processo de amadurecimento e crescimento da pessoa, sendo por isto, objeto de amparo constitucional e infraconstitucional.

Verifica-se que no decorrer dos tempos, ocorreram constantes mudanças de costumes e valores na sociedade contemporânea brasileira, principalmente quando o assunto tem a ver com o modo dos casais se relacionarem, dessa forma, percebe-se que a modalidade de relacionamento afetivo, denominada namoro, cada vez mais vem se assemelhando à união estável, causando, assim, grande confusão quanto à diferenciação desses institutos na esfera social e jurídica.

Cabe ressaltar, que quando mencionada a palavra união, não está se fazendo relação ao casamento ou a união estável que estão positivados no Código Civil de 2002 e sim no verdadeiro teor da palavra. Posto isso, o presente artigo tem a finalidade de apresentar um novo instituto, conhecido como namoro qualificado, sendo esse, exarado em uma recente decisão do Superior Tribunal da Justiça (STJ).

Desse modo, temos o namoro qualificado, como um relacionamento em que o casal não tem a intenção de constituir família no presente, ainda que residam em uma mesma casa, compartilhando conta bancária, despesas, tenham vida social, ou seja, vivendo como "casados".

Em suma, diversos efeitos jurídicos são desencadeados em decorrência das garantias constitucionais que detém a união estável. Pois atualmente, por haver imprecisão em se determinar o que é a união estável e o que é o namoro, é comum que muitos ex-namorados, quando finda a relação, procurem resguardo do Poder Judiciário com o intuito de obter vantagens, especialmente patrimoniais, socorrendo-se ao argumento de que experimentavam uma união estável. Imprescindível, desse modo, examinar se o namoro pode projetar os mesmos efeitos que uma união convivencial.

## **1. A ORIGEM DO NAMORO QUALIFICADO**

Os namoros dos tempos modernos quando comparados aos costumes e tradições a que antes eram atrelados. É nítido que atualmente os casais podem dispor de intimidade extrema sem que haja reprovação da sociedade, prova disso é que a prática da relação sexual entre os casais antes do matrimônio tornou-se comum, bem como manter uma relação sem fidelidade, ter encontros apenas casuais, etc.

Ocorrendo tudo isso, em comum acordo. Dessa forma, percebe-se que o namoro adquiriu novos contornos. Sendo assim, pode-se namorar sem ter ao menos a intenção de algum dia elevar o relacionamento a um nível mais sério, como um noivado ou casamento.

Assim, para ratificar, cumpre destacar a visão do eminente Bauman (2000), expondo que existe uma sociedade líquida, com mutações sociais e relacionamentos fluidos. A crise das ideologias fortes, pesadas, sólidas, típicas da modernidade foi deixada de lado. Na pós-modernidade está presente um clima fluido, líquido, leve, caracterizado pela precariedade, incerteza e rapidez de movimento, com alterações constantes nas formas que o ser humano tem encontrado para se relacionar.

Dessa forma, anteriormente o namoro era um período em que o casal tinha como intuito planejar o casamento, sendo autorizado ao casal apenas breves encontros, com a supervisão atenta da família.

De acordo com Oliveira (2011, p.256), o namoro faz parte de um dos processos de convivência estabelecidos entre um casal, podendo este, encaminhar-se para a construção de uma futura família:

Passo importante na escalada do afeto ocorre se o encontro inicial revela o início de uma efetiva relação amorosa. Dá-se então, o namoro, já agora um compromisso assumido entre homem e mulher que se entendem gostar um do outro. Pode ser paixão à primeira vista, embora nem sempre isso aconteça, pois, o amor vai se consolidando aos poucos, com os encontros e desencontros do casal embevecido. Do latim *in amore*, o namoro sinaliza situação mais séria de relacionamento afetivo. Tende a se tornar de conhecimento da família, dos amigos, da sociedade. Surge entre os enamorados uma cumplicidade no envolvimento porque passam a ter interesses comuns e um objetivo ainda que longínquo de formarem uma vida a dois.

Nesse sentido, segundo Silveira (2015, p.181), a partir do momento em que o interprete tenta entender quando as partes possuem um namoro qualificado e quando desejam uma união estável, estará respeitando a autonomia da vontade dos envolvidos, preservando a dignidade da pessoa humana e sanando eventual conflito de direitos fundamentais; desta forma o intérprete além de respeitar a autonomia da vontade das partes, estará tutelando a dignidade da pessoa humana e evitando o enriquecimento sem causa.

Cabe frisar, que as diversas maneiras que o ser humano encontrou para se relacionar, tem dificultado a distinção de um namoro qualificado para uma união estável.

A legislação pátria procurou estabelecer critérios para a configuração da família não fundada no casamento, entretanto, pelos motivos já expostos, cabe agora a *affectio maritalis* o papel de tábua da salvação, sendo utilizado como um meio de distinção.

Desse modo, traz-se à baila o que diz Ribeiro (2014), que o fato de inexistir no ordenamento jurídico a conceituação da relação de namoro, não há como classificá-lo como uma entidade familiar, mas sim como um envolvimento afetivo que apresenta a futura expectativa de formar uma família.

Para Cabral (2015), o namoro qualificado é uma relação contínua e sólida, aproximada à união estável por apresentar os mesmos pressupostos objetivos para sua caracterização: a ausência de impedimentos matrimoniais e a convivência duradoura, pública e contínua.

Em suma, não há equivalência entre o namoro qualificado ou vulgarmente chamado namoro sério, com a união estável, embora, os dois institutos assemelhem-se. Pois no namoro qualificado não há concretude do objetivo de constituir família, isto é, no momento em que tal relação perdura, o casal não assume a condição de conviventes, haja vista, que não planejam formar uma entidade familiar.

Nesse diapasão, embora, compartilhem de algumas semelhanças os dois institutos distinguem-se, pois na relação de namoro a prioridade do relacionamento está na satisfação de expectativas pessoais de cada parceiro que compõe o casal e não na construção de um projeto familiar comum.

## **2. NAMORO SIMPLES**

Inicialmente, para que se possa ter um comparativo sobre os institutos abordados no presente artigo, deve-se definir o namoro (também chamado pela doutrina de “Namoro Simples”), pois é um instituto facilmente diferenciado dos demais, os quais serão melhores expostos no presente trabalho.

Por meio da capacidade do homem de se comunicar e socializar uns com os outros, surgem vários tipos de relacionamentos. Diante disso, quando há um envolvimento afetivo recíproco no relacionamento nasce o namoro. Dentre as inúmeras definições para esse *status* a que melhor define seria a “aproximação física e psíquica entre duas pessoas em um relacionamento, fundamentado na atração recíproca, que aspira continuidade para o futuro” (HOUAISS, 1999, p.1993).

Em um relacionamento existem várias etapas, construindo assim um processo de convivência para encaminhar a uma futura família. E podemos dizer que o namoro seria

uma das etapas desse processo. Segundo Oliveira (2005, p.01), existem etapas antes mesmo do namoro e que com o passar do tempo vão ganhando nomenclaturas diferentes.

Variam os nomes do eterno jogo da conquista amorosa: rondar, flertar, paquerar, hoje em dia 'ficar'. Na sequência, se e quando houver, dá-se a fase do 'rolô' e pode acontecer a evolução do afeto para namorar, noivar, viver junto e, até mesmo, casar pelos cânones legais como supremo ato de entrega e aceitação.

Para Tessari (2005), o namoro configura uma fase de aprendizado mútuo do casal, na qual se verificam as semelhanças e as diferenças que irão fortalecer o casal ou fazer com que eles rompam a relação. Por assim dizer, o objetivo do namoro é conhecer o parceiro com a finalidade de ter um relacionamento duradouro.

No primeiro momento, vale destacar a característica de ser um fato inicial quando se fala em namoro, não tendo responsabilidades nas esferas jurídicas. Pelo fato de inexistir no ordenamento jurídico a conceituação da relação de namoro, não há como classificá-lo como uma entidade familiar, mas sim como um envolvimento afetivo que apresenta a futura expectativa de formar uma família (RIBEIRO, 2014).

O namoro, por si só, não tem consequências jurídicas. Não acarreta, partilha de bens ou qualquer aplicação de regime de bens, fixação de alimentos ou direito sucessório. Se um casal de namorados adquire juntos um veículo, por exemplo, com o fim do relacionamento este bem poderá ser dividido, se não houver contrato escrito entre eles, de acordo com as regras do direito obrigacional. Neste sentido, pode-se dizer, então, que é possível haver uma "sociedade de fato" dentro de um namoro, sem que isto caracterize uma entidade familiar. Assim, por não se tratar de entidade familiar, as questões jurídicas concernentes ao namoro, como danos causados à pessoa, são discutidas no campo do direito comercial ou obrigacional. (CUNHA, 2015).

Isto posto, por não ter um amparo legal no ordenamento jurídico pátrio, não há que se falar em requisitos legais para a sua existência e validade. Não mencionando os valores morais, que existem e que são impostos pela sociedade e pelos costumes locais.

Desse modo, a diferença basilar entre o namoro e a união estável reside na intenção de constituir uma família, pois enquanto a primeira não possui qualquer pretensão em relação a constituição familiar, não tendo também nenhum amparo jurídico, a segunda, por sua vez, possui o *status* de núcleo familiar, sendo reconhecido pela Constituição Federal.

### 3.2 NAMORO QUALIFICADO X UNIÃO ESTÁVEL

O Namoro qualificado, nomenclatura essa utilizada pelo STJ para caracterizar o namoro mais prolongado do que os demais (STJ – 3ª Turma, REsp. Nº 1.454,643-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJe. 10.03.2015). Instituto constantemente confundido com a união estável, pois se assemelham em suas características que são de cunho romântico-afetivo, os quais são externados publicamente para a sociedade e costumam ser duradouros, denotando estabilidade, compromisso e um forte vínculo entre os envolvidos.

Dessa forma, o presente trabalho irá pontua-los esclarecendo a principal diferença entre os institutos, sendo o elemento subjetivo chamado, *affectio maritalis* (a intenção de constituir uma família no presente) e como mencionado, por se tratar de um elemento subjetivo existe divergência sobre o que seria tal intenção de constituir uma família e quando estaria configurada.

Outrossim, cumpre esclarecer que a União Estável, pois diferentemente do namoro, a mesma se encontra positivada no artigo 226, § 3º Constituição Federal de 1988, nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil de 2002 e nas Leis Nº 8.971/94 e 9.278/96. Entende-se como uma situação de fato existente entre duas pessoas, sem casamento, desimpedidas para casar, que vivem juntas, como se casadas fossem (*convivência more uxorio*), o que define uma entidade familiar.

Vale ressaltar, que na legislação supracitada consta literalmente no texto legal que o reconhecimento da união estável será entre um homem e uma mulher, contudo esse entendimento já foi superado, não importando o sexo dos companheiros, e sim se ambos respeitam os requisitos para configurar o relacionamento como União Estável.

Existe jurisprudência pacífica, inclusive no STF a considerar a união estável de relacionamentos homoafetivos, como também, tramita no Congresso Nacional um projeto de lei para alterar o Código Civil e reconhecer a União Estável entre pessoas do mesmo sexo. A elucidativa decisão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, com efeito vinculante, no ano de 2011 reconhecendo a possibilidade de uniões estáveis homoafetivas, Ementa *in litteris*:

UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA".

Superado o requisito da diversidade de sexo, analisaremos os demais pressupostos da união estável. Na doutrina existem várias definições sobre os requisitos, como ensina o ilustre professor Gonçalves (2010, p.588-589):

Divide entre elementos subjetivos e objetivos. Os elementos subjetivos são: a) convivência *more uxório*; e b) *affectio maritalis*: ânimo ou objetivo de constituir família. E, os objetivos: a) diversidade de sexos; b) notoriedade; c) estabilidade ou duração prolongada; d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais; e f) relação monogâmica.

Desta forma, a notoriedade seria a publicidade do relacionamento, não impondo um prazo temporal duradouro exato, não podendo, da mesma maneira, ser efêmera ou precária, mas sim, prolongado no tempo, sendo um relacionamento, portanto durável e contínuo. Também deverá ser uma relação sob-respeito mútuo e de fidelidade entre o casal. Na vertente dos elementos subjetivos, o vínculo deverá ser caracterizado pelo ânimo de constituir uma família (*affectio maritalis*) qual seja a firme intenção de viver como se casados fossem no presente. E a convivência *more uxória* (comum sob mesmo teto) entende o STF que esta não é indispensável para caracterização da união estável- Súmula 382 STF.

É notória a preocupação na esfera jurídica sobre tal instituto, pois como verificado suas características se equipara ao casamento e assim devendo gerar efeitos e deveres. Em contrapartida, também não podem ser considerados quaisquer relacionamentos como união estável, pois prejudicariam aqueles que assumiriam responsabilidades como se casados fossem.

Diante disso, a semelhança com o instituto do namoro qualificado é aparente, pois ambos possuem praticamente todos os requisitos objetivos. Surgindo diversos entendimentos e definições para distinguir tais uniões.

No namoro qualificado, há uma relação contínua e sólida, assemelhe-se à união estável, entretanto, não é equivalente a essa. Isso porque no namoro qualificado não há a realidade do objetivo de constituir família, ou seja, no momento que mantém aquela relação, o casal não reconhece a condição de conviventes, pois não almejam formar uma entidade familiar. E deve ser evidenciado, que não é qualquer fato que configure o desejo de formar no presente uma entidade familiar.

O fato de namorados projetarem constituir família no futuro não caracteriza união estável, ainda que haja coabitação. Isso porque essas circunstâncias não bastam à verificação da *affectio maritalis*, nem mesmo até o nascimento de um filho fruto de um namoro não se presume a união estável, portanto devendo ser analisado no caso concreto.

Assim, também nos ensina o grande familiarista Rolf Madaleno (2013, p.1138), cujo trecho abaixo se transcreve:

Com efeito, a união estável exige pressupostos mais sólidos de configuração, não bastando o mero namoro, por mais estável ou qualificado que se apresente, porquanto apenas a convivência como casal estável, de comunhão plena e vontade de constituir família concretiza a relação estável, da qual o namoro é apenas um projeto que ainda não se desenvolveu e talvez sequer evolua como entidade familiar.

A *affectio maritalis* retrata como um elemento diferenciador da união estável de outros institutos afins, por exemplo, o namoro qualificado e concubinato. Desta maneira, sendo a principal e única forma de diferenciar os regimes abordados no presente trabalho, e que será exposto de forma mais específica no tópico a seguir, através de jurisprudência que define o que seja a intenção de constituir uma família no caso real.

Conforme exposto, constata-se a necessidade de particularizar cada regime, devido aos diferentes direitos e deveres que decorrem de cada. Por não estar previsto em lei, o namoro qualificado não gera efeitos específicos, podendo ser alcançado somente às questões de direito já mencionadas do namoro simples, permanecendo na análise do direito obrigacional.

Todavia, na união estável decorrem variados efeitos jurídicos, que repercutem não apenas no campo pessoal, mas, igualmente, no econômico (alimentar, patrimoniais, sucessório, etc.). Como por exemplo, o direito de pleitear os alimentos de que necessite, conforme dispõe o artigo 1.694 do Código Civil de 2002: "*podem os parentes, os cônjuges ou os companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação*".

Como também surgem outros efeitos, como: a possibilidade de estipular via contrato o regime que satisfizer os consortes, não o firmado, deverá obedecer ao artigo 1.725 do CC/2002 que determina a comunhão parcial de bens, o qual se estima que o bem adquirido por um dos companheiros é transmudado em propriedade comum, devendo ser partilhado por metade na hipótese de dissolução da união (DIAS, 2015, p.525). O que dispõe o artigo 5º da Lei n. 9.278 que discorre:

Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando

a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Ademais, o instituto da união estável em confronto ao namoro, verifica-se um melhor amparo jurídico por parte da União Estável, proporcionando ao casal uma segurança legal. Do mesmo modo, poderá acarretar sequelas da interposição do *status* de união estável a um relacionamento no qual não houve uma declaração consistente em tratar o compromisso em um grau mais elevado que um namoro, gerando lesões em diversas esferas.

#### **4. AFFECTIO MARITALIS**

Como já evidenciado, a principal distinção entre a união estável e o chamado namoro qualificado reside no elemento subjetivo *Affectio Maritalis*, na circunstância de que na primeira existe uma família constituída no momento atual, enquanto, na segunda, é um relacionamento em que os namorados meramente alimentam uma expectativa de constituição de uma família no futuro.

Assim, em um caso concreto podemos ter um casal que more em um mesmo apartamento já há um ou dois anos e tenha uma conta poupança conjunta e, prontamente, classificar seu relacionamento como união estável.

Contrapartida, este casal pode estar tão somente acumulando recursos para um futuro casamento, ou para adquirir um imóvel próprio onde construirão sua vida juntos, podendo tal situação ser enquadrada na modalidade de namoro qualificado, se existir apenas um projeto futuro de família.

Em recente decisão de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, a 3ª Turma do STJ empreendeu séria análise do instituto do namoro qualificado em face da união estável. Inclusive tornado tal julgado em informativo perante ao STJ, nº 0557 do período de 5 a 18 de março de 2015.

Onde no caso retratado perante a Corte Superior versava sobre um casal que conviveu durante dois anos em um apartamento no exterior, antes de se casarem. Na época, o rapaz viajou para o exterior por ter aceitado uma proposta de emprego, no mesmo momento em que ela o seguiu com a intenção de fazer um curso de Inglês e acabou permanecendo mais tempo, devido ao seu ingresso num Mestrado. Ato contínuo, o casal noivou ainda no exterior e neste íterim o rapaz com seus recursos pessoais adquiriu um apartamento que seria a sua residência familiar após o casamento.

Casaram-se em setembro de 2006 adotando como regime a comunhão parcial de bens, regime no qual somente há partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Em 2008, contudo, adveio o fim do relacionamento com o

divórcio. Destarte, a ex-mulher ingressou em juízo pleiteando o reconhecimento e a dissolução de união estável que, segundo ela, existiu durante o período de dois anos anterior ao casamento. Sob esse argumento, visando o apartamento adquirido por ele à época, logo, deveria ser objeto de partilha entre eles.

Ao ser apreciado pelo judiciário, em primeira e segunda instância, a ex-mulher saiu vitoriosa. Não obstante, ao julgar o recurso interposto pelo ex-marido, o Ministro Bellizze no Superior Tribunal de Justiça teve entendimento diverso. Consoante com seu entendimento, não houve união estável, "*mas sim namoro qualificado, em que, em virtude do estreitamento do relacionamento, projetaram, para o futuro, e não para o presente, o propósito de constituir entidade familiar*". Senão vejamos, referida decisão, REsp 1.454.643-RJ:

RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALEGADAMENTE COMPREENDIDA NOS DOIS ANOS ANTERIORES AO CASAMENTO, C.C. PARTILHA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NESSE PERÍODO. 1. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. PREQUESTIONAMENTO. **AUSÊNCIA.** 2. **UNIÃO ESTÁVEL.** **NÃO CONFIGURAÇÃO.** NAMORADOS QUE, EM VIRTUDE DE CONTINGÊNCIAS E INTERESSES PARTICULARES (TRABALHO E ESTUDO) NO EXTERIOR, PASSARAM A COABITAR. ESTREITAMENTO DO RELACIONAMENTO, CULMINANDO EM NOIVADO E, POSTERIORMENTE, EM CASAMENTO. 3. **NAMORO QUALIFICADO.** VERIFICAÇÃO. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA. 4. CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO, COM ELEIÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. TERMO A PARTIR DO QUAL OS ENTÃO NAMORADOS/NOIVOS, MADUROS QUE ERAM, ENTENDERAM POR BEM CONSOLIDAR, CONSCIENTE E VOLUNTARIAMENTE, A RELAÇÃO AMOROSA VIVENCIADA, PARA CONSTITUIR, EFETIVAMENTE, UM NÚCLEO FAMILIAR, BEM COMO COMUNICAR O PATRIMÔNIO HAURIDO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA; E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. **(Grifo nosso)**

Nesse diapasão, a controvérsia gira em torno de saber se o período de namoro com coabitação antes do casamento pode ser caracterizado como união estável para efeito de partilha de bem imóvel adquirido por um dos cônjuges neste período. O entendimento da 3ª Turma foi de que nessa hipótese não se caracteriza a união estável.

Eis o que nos diz o relator, o fundamental:

Permissa vênua, o propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado «namoro qualificado» –, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vida, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída.

[...]

Efetivamente, tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, afigura-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social.

No caso em tela, os litigantes em um período anterior à celebração do seu casamento (de janeiro de 2004 a setembro de 2006), vivenciaram um namoro qualificado, haja vista, o estreitamento da relação, projetando para o futuro e não para o presente, a intenção de constituir uma família. Sendo esse, um desejo somente realizado posteriormente, com a concretização do casamento.

De acordo, com as palavras do relator, sendo reconhecida nessa situação o instituto do namoro qualificado e não de união estável como bem pretendia a parte autora no litígio:

Nesse contexto, é de se reconhecer a configuração, na verdade, de um namoro qualificado, que tem, no mais das vezes, como único traço distintivo da união estável, a ausência da intenção presente de constituir uma família. Quando muito há, nessa espécie de relacionamento amoroso, o planejamento, a projeção de, no futuro, constituir um núcleo familiar. [...].

Prossegue ainda, asseverando a importância do *Affectio Maritalis*, conformação esta, não presente na situação exposta:

Na verdade, a celebração do casamento, na hipótese dos autos, bem explicita o termo a partir do qual os então namorados/noivos, maduros que eram, entenderam por bem consolidar, consciente e voluntariamente, a relação amorosa vivenciada, para constituir, efetivamente, um núcleo familiar. A cronologia do relacionamento pode ser assim resumida: namoro, noivado e casamento. E, como é de sabença, não há repercussão patrimonial decorrente das duas primeiras espécies de relacionamento.

Aliás, se a entidade familiar já estava constituída, o desejo de formalização dessa união por meio do matrimônio deveria, expressamente, abranger esse período, por meio da conversão da união estável em casamento. Todavia, essa não foi a providência tomada livremente pelas partes. Não se trata de renúncia, como impropriamente, entendeu o voto condutor que julgou o recurso de apelação na origem. Cuida-se, na verdade, de clara manifestação de vontade das partes de, a partir do casamento, e não antes, constituir a sua própria família. Na espécie, todavia, o relacionamento vivenciado pelas partes em momento anterior ao casamento não apresentou, em sua plenitude, tais características, notadamente a referente à conformação da *affectio maritalis*, a obstar, por conseguinte, a verificação de verdadeira união estável.

Conforme o apresentado infere-se a importância do *affectio maritalis* tanto para configurar o que de fato é uma união estável, como para distinguir esta do instituto do namoro qualificado, sendo necessária essa diferenciação, tendo em vista as várias mudanças ocorridas na sociedade atual referente às relações amorosas. Demonstrando assim, que qualquer movimento e alteração que exista na sociedade há uma influência direta ou indireta no meio jurídico, ou seja, Direito e sociedade influenciam-se mutuamente.

## 5. CONCLUSÃO

Anteriormente, era notória a espécies de modalidades de relacionamento. Em regra, existia uma relação de namoro, que logo após era alcançado o noivado e por fim o casamento, respeitando toda uma linha cronológica. Ocorre que os valores estão alterados e as relações amorosas continuam passando por grandes transformações, obrigando a sociedade acompanhar tal evolução.

Inquestionável torna-se a dizer que os institutos apresentados possuem suas peculiaridades, isto posto, temos a união estável em que os companheiros possuem direitos assegurados em lei, contrapartida no namoro qualificado se quer há um respaldo jurídico, salvo casos em que o fim do namoro acarrete algum prejuízo de ordem material, podendo exigir o ressarcimento.

Ademais como já explanado, o elemento subjetivo capaz de diferencia-los é o chamado *affectio maritalis*. Com efeito, há uma procura recorrente ao judiciário quando se fala em conflitos familiares, levando a justiça o relacionamento amoroso e desnudando toda a intimidade do casal, para com isso, que o magistrado defina se no caso em questão há um enlace digno a chamar de entidade familiar ou uma mera intenção futura de constituir família.

Nesse seguimento, o debate sobre o referido tema ganhou maior destaque após a elucidativa decisão exarada pelo Ministro relator Marco Aurélio Belizze do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.1.454.643/RJ, em março de 2015. Tal julgamento apresentou um notável avanço quanto à análise da intenção de constituir família, pois trouxe a *affectio maritalis* como o cerne para não configuração de uma união estável a um relacionamento estável, público, duradouro e com coabitação.

Ante o exposto, conclui-se que é primordial um estudo aprofundado de todas as particularidades de um relacionamento afetivo, com a intenção de verificar se a relação é uma união estável, portanto, constituída com o objetivo de formar uma entidade familiar, ou se adéqua na figura do namoro qualificado.

Diante das breves reflexões aqui mencionadas, verifica-se que para uma adaptação à nova realidade social, o magistrado buscou um recente elemento que norteia as maneiras de interação do homem para uma aplicação da lei que possa acompanhar a rápida evolução da sociedade, se respaldando em um caráter subjetivo, o qual quando corretamente constatado, distingue claramente uma instituição familiar.

## 6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréia Fernandes de. O papel da *affectio maritalis* na configuração da união estável – Comentários ao REsp. 1.454.643. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, jul-dez/2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-papel-da-affectio-maritalis/>>. Data de acesso: em 19 abr. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2014 .

BRASIL. Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0557, REsp 1.454.643-RJ RECURSO ESPECIAL 2014/0067781-5, Relatoria Min. Marco Aurélio Bellize, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=namoro+qualificado&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 12 Dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, julgado em 5.5.2011.

CUNHA, Rodrigo Pereira. Contrato de namoro estabelece diferença em relação a união estável. Revista Consultor Jurídico, 10 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/processo-familiar-contrato-namor-estabelece-diferenca-relacao-uniao-estavel#author>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999, p. 1993.

Ideias extraídas do sociólogo polonês Zygmunt Bauman. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

OLIVEIRA, Euclides. **A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar**. 2005. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/13.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/13.pdf)>. 26/02/2015, p.01. Acesso em: 12 mar. 2017.

RIBEIRO, Isaque Soares. O Contrato de namoro no ordenamento jurídico brasileiro. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30915>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.454.643/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellize, julgado em 10.3.2015.

TESSARI, Olga Inês. **Namoro atual**. Entrevista concedida para o Jornal Rudge Ramos. maio, 2005. Disponível em: <<http://www.olgatessari.com.br/id230.html>>. Acesso em: 20 de junho. 2017.



## TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

**JOAO VITOR SEGANTINI DE OLIVEIRA:**

graduado em Direito pela Universidade Brasil.  
Campus Fernandópolis<sup>30</sup>.

ALEX LOPES APPOLONI

(orientador)

"E preciso explicar por que o mundo de hoje, que é horrível, e apenas um momento do longo desenvolvimento histórico e que a esperança sempre foi uma das forças dominantes das revoluções e insurreições, e eu ainda sinto a esperança como minha concepção de futuro." (Jean-Paul Sartre)

**RESUMO:** Este estudo analisou a questão do tráfico de pessoas orientada para a exploração sexual, no contexto dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e pela legislação nacional. Objetivou apresentar como ocorre a normatização do tráfico de pessoas no direito interno e nas normas internacionais de direitos humanos, contextualizar como ocorreu sua evolução histórica no Brasil e analisar as vertentes do tráfico de pessoas. O problema discutido foi dimensionado nos seguintes questionamentos: O que é tráfico de pessoas? Como ocorre a normatização do tráfico de pessoas no direito interno e nas normas internacionais de direitos humanos? Como ocorreu sua evolução histórica no Brasil? Quais as vertentes do tráfico de pessoas? Como se caracteriza o tráfico de pessoas para fins exploração sexual? Como agem os aliciadores e as quadrilhas que traficam pessoas para este fim? Quais as legislações mais dinâmicas presente nas normas internacionais e nacionais para coibir o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual? Quais as dificuldades do Poder Público quanto à observância e cumprimento dos tratados ratificados envolvendo o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual? Quais os tratados e convenções foram recentemente criados para proteção das crianças e adolescentes principais vítimas do tráfico humano para fins de exploração sexual? De que forma tais normas vem influenciando na diminuição dos casos de exploração sexual desses menores? O estudo teve caráter de revisão bibliográfica, com busca de fundamentação teórica na legislação brasileira e internacional, em doutrinas, bibliotecas físicas e virtuais, a partir do uso de descritores indexados. Concluiu-se que o dimensionamento jurídico

---

30 E-mail: joaovitorsegantini2020@hotmail.com

nacional e internacional tem todo o aparato necessário para conter a prática de tráfico de pessoas humanas para a finalidade de exploração sexual, sendo que, no Brasil, a carta magna prevê que é responsabilidade da nação garantir a dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Tráfico de pessoas, Escravização de pessoas, Exploração Sexual.

**ABSTRACT:** This study analyzed the issue of trafficking in persons for sexual exploitation in the context of international treaties ratified by Brazil and national legislation. The objective was to present how trafficking in persons is regulated by domestic law and by international human rights norms, to contextualize its historical evolution in Brazil, and to analyze the aspects of trafficking in persons. The problem discussed was dimensioned in the following questions: What is human trafficking? How does the regulation of trafficking in persons occur in domestic law and in international human rights norms? How has its historical evolution occurred in Brazil? What are the aspects of trafficking in persons? How is trafficking in persons for sexual exploitation characterized? How do the recruiters and the gangs that traffic people for this purpose act? What are the most dynamic legislations present in international and national standards to restrain trafficking in persons for purposes of sexual exploitation? What are the difficulties of the Public Power regarding the observance and fulfillment of ratified treaties involving trafficking in persons for purposes of sexual exploitation? Which treaties and conventions were recently created for the protection of children and adolescents who are the main victims of trafficking in persons for purposes of sexual exploitation? In what way have these norms influenced the decrease in cases of sexual exploitation of these minors? The study had the character of a bibliographic review, with a search for theoretical basis in Brazilian and international legislation, in doctrines, physical and virtual libraries, from the use of indexed descriptors. It was concluded that the national and international legal framework has all the necessary apparatus to contain the practice of trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation, and that in Brazil, the Constitution provides that it is the responsibility of the nation to guarantee the dignity of the human person.

**Keywords:** Human Trafficking, Slavery, Sexual Exploitation.

## INTRODUÇÃO

Essa pesquisa teve como objetivo analisar o tráfico de pessoas enfatizando a exploração sexual, no contexto dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e pela legislação nacional, objetivando contribuir para o entendimento de leis correlacionando com a questão social.

Tendo em vista o seu aumento por conta da globalização e o fechamento de fronteiras. Uma das formas de ludibriar as vítimas, é o uso de falsas promessas de uma vida melhor, ótimas condições de trabalho e uma renda de valor alto. As mulheres constituem

o maior número de vítimas do tráfico humano, uma vez que a prostituição feminina e outras formas de exploração sexual favorecem os ludibriadores com uma obtenção enorme de lucros.

Importante mencionar que o Brasil não considera crime a prática de prostituição, porém, forçar alguém a se prostituir para garantir vantagens para si é considerado crime. Existem duas formas de investigação no caso de tráfico de pessoas; a primeira é a investigação reativa que se trata de uma investigação com mais urgência, quando os investigadores recebem uma notificação por parte da vítima ou de uma atividade criminosa; já a outra investigação é a proativa que consiste em uma operação mais específica e elaborada sobre informações obtidas por meio de informantes ou de relatórios.

Porém, questiona-se se as políticas públicas brasileiras para o enfrentamento ao tráfico de pessoas se estão, realmente, sendo eficazes para a prevenção e para a assistência às vítimas de tráfico humano.

As vítimas, a maioria mulheres, são abordadas pelos ludibriadores por meio da *internet*, anúncios de jornais, revistas, propagandas e incentivos atraentes, sendo iludidas por um falso turismo, o turismo para fins sexuais, no qual os ludibriadores fazem promessas de trabalho, assegurando garantia de qualidade devida melhor para essas pessoas.

Essas vítimas acabam sendo ameaçadas e, na maioria das vezes, traficadas e exploradas sexualmente. O objetivo do estudo é, portanto, analisar o enfrentamento e citar os meios que o Brasil se utiliza para o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

## **1. DO TRÁFICO DE PESSOAS**

Neste presente capítulo irá se falar do tráfico de pessoas em sentido amplo. Tanto na legislação brasileira bem como internacional, tráfico interno e tráfico externo de pessoas assim como se deu à contextualização histórica do tráfico de pessoas no Brasil e por fim das suas principais vertentes e finalidades

### **1.1 Definições**

Nas palavras da eminente jurista Yasmin Abdalla

Conforme o que diz o Protocolo de Palermo, acordo internacional, firmado em 2000, com o objetivo de combater ao tráfico de seres humanos, esse tipo de crime é caracterizado quando há o transporte de pessoas, feito por meio de algum tipo de coerção, engano ou

fraude, e irá de alguma forma deixar a vítima em uma situação de vulnerabilidade ou até mesmo em situação de exploração, seja sexual ou laboral. Pode atingir todos os tipos de pessoas de todas as idades, gênero e etnias (ABDALLA, 2014).

Protocolo de Palermo das Nações Unidas: Artigo 3º § a:

Recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coerção, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou a situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

O tráfico de pessoas caracteriza-se como um tipo de crime complexo, pois envolve diversos princípios morais e éticos, religiosos e atinge direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna do Brasil. Esta prática criminosa melhorou ao longo dos anos e modificou-se com a evolução de cada época em que ocorreu.

## **1.2 Tráfico internacional e tráfico interno de pessoas**

O artigo 231 do Código Penal Brasileiro define o crime de tráfico internacional de pessoa para fim de prostituição ou exploração sexual da seguinte forma:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. § 2º A pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. § 3º Se o crime

for cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

O tráfico interno de pessoas, por sua vez, encontra tipificação no artigo 231-A do Código Penal Brasileiro, com nova redação determinada pela Lei n.º 12.015 de 2009, que assim preceitua:

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. § 1º. Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. § 2º. A pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. § 3º. Se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

A Lei 11.106, de 28.03.2005 alterou o artigo 231 do Código Penal e o crime tráfico de mulheres passou a ser de tráfico internacional de pessoas, elaborando a mudança de gênero para possibilitar que o homem também pudesse ser vítima (sujeito passivo) do delito. Ao lado dessa alteração, foi inserida a figura do artigo 231-A do Código Penal, o chamado tráfico interno de pessoa. (SOUZA, 2014).

Com as alterações introduzidas pela Lei 12.015/09, o Código Penal não se restringe mais à prostituição, mas se alinha a um protocolo internacional que abrange todas as formas de exploração sexual (não apenas a prostituição). A lei incentivou a alteração do termo "mulher" contido em textos anteriores para assimilar o termo "pessoa".

### **1.3 Vertentes e finalidades do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.**

No que se diz sobre a finalidade do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual sua única e exclusivamente a obtenção de lucro por quadrilhas de exploradores que se

aproveitam de mulheres, crianças e até mesmo os homens que se encontrem em extremas situações de vulnerabilidade.

Princípio da liberdade que se encontra na nossa Carta Magna e também na Declaração Universal dos Direitos do Homem e adotam os seguintes dispositivos:

Art.1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidades e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Art. 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos a liberdade proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento de qualquer outra situação. [...] Art.7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, tem direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

O crime de tráfico de pessoas se considera um dos piores tipos penais, por privar indivíduos da sua liberdade de decisão tornando-os escravos. Está prática delituosa tem o intuito de transferir ilegalmente, ou até mesmo legalmente, pessoas de um lugar para outro, dentro ou fora dos limites de cada país. Dados do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), no Brasil o tráfico de pessoas aparece como a maior fonte de renda entre os outros tipos de tráfico.

Quando as vítimas chegam ao seu destino, elas pegam todos os documentos e começam a forçá-las à prostituição em troca de dívidas, um lugar para dormir e comida. Os recrutadores geralmente são de nível médio ou superior e passam por homens de família, gerentes de casas de shows, agências de viagens, agências de casamentos, salões de beleza, donos de bares, cassinos e sempre com pessoas que tiveram sucesso no exterior. Com a ajuda deles, alguém uma vez deslumbrou as vítimas com as chamadas ofertas de emprego.

Muitos exercem funções públicas nas cidades de origem ou de destino do tráfico de mulheres, crianças e adolescentes. De acordo com a mídia, são os brasileiros do sexo masculino os principais aliciadores para o tráfico internacional. Também há mulheres que estão na conexão do tráfico, exercendo a função de recrutamento/ aliciamento de outras mulheres (muitas delas são parentes, amigas, vizinhas, etc.). Em geral, não têm consciência de que estão praticando

aliciamento para o tráfico. Por outro lado, existem mulheres que sabem que estão atuando como aliciadoras, mas aceitam esta condição para ganharem mais dinheiro e gozarem de algum privilégio junto aos traficantes (Leal e Leal 2005, p. 12).

Esse tipo de crime nos depara com uma realidade cruel e indizível onde a raça humana assume a sua natureza mais nefasta e ignóbil. O crime de Tráfico de Seres Humanos é um crime complexo que apesar de facilmente confundível e a outros tipos de crime, encerra em si mesmo um conjunto de especificidades essenciais ao seu diagnóstico precoce e identificação o que dificulta o combate da prática (CONTINI, 2011).

Entende-se que o principal aspecto desse tipo de prática delituosa se dá no controle da liberdade sexual do indivíduo. Acerca do tema, a doutrinadora Maria Berenice Dias esclarece: Visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é imperioso reconhecer que a sexualidade é um direito de primeira geração, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade. A liberdade compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual.

## **2 – DO TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL**

Neste capítulo será tratado de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e como se caracteriza esse delito tanto na legislação brasileira como internacional e quais as normas utilizadas para coibir esse crime. Como atuam os aliciadores e as quadrilhas e por fim as dificuldades do Poder Público quanto à observância e cumprimento dos tratados ratificados.

### **2.1 Caracterização do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.**

O tráfico de pessoas é caracterizado pelo “recrutamento, transferência, transferência, detenção ou recebimento, ou pagamento ou benefício de pessoas por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou vulnerabilidade. Recebendo.

No Brasil, os aliciadores convencem mulheres acerca das vantagens da inserção nas redes sexuais, através de experiências “bem-sucedidas” com a prostituição no exterior. Há indícios de casos de mulheres que, sem terem consciência de que estão aliciando pessoas acabam conseguindo o contato e muitas vezes ajudando com dinheiro para a entrada deles nos países de destino, eventualmente

ajudando redes de exploração. Essas pessoas envolvem conhecidos, amigos, parentes e namorados em redes cujo funcionamento já foi descrito e documentado em pesquisas sobre redes migratórias (LANES, 20017).

O tráfico para fins de exploração sexual é sinalizado caso sejam atendidas as condições (conduta, meio é finalidade da exploração) previstas no Protocolo Proibidor do Tráfico de Pessoas – Protocolo de Palermo.

## **2.2 Como atuam os aliciadores e as quadrilhas.**

Além de empresas internacionais legais e ilegais, eles também constroem toda a infraestrutura necessária para produção, comercialização e distribuição em todo o mundo. Graças à revolução nas comunicações e nos transportes internacionais, os negócios ilegais podem se espalhar geograficamente para aproveitar as novas condições econômicas.

Para impedir que a vítima denuncie, tente escapar e retorne ao seu local de origem, os traficantes apreendem o RG, CPF, passaporte. Algumas quadrilhas falsificam os documentos dificultando para vítima retornar e fazendo com que perca a credibilidade ao prestar queixa e até mesmo seja presa. Essa prática já foi tema da 18 campanha de prevenção contra o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Diversas cartilhas foram confeccionadas alertando as pessoas quanto a retirada da posse de seu passaporte (RODRIGUEZ, 2017).

É preciso lembrar que as gangues atuam em várias frentes, inclusive dentro da sociedade como pessoas que não levantam suspeitas. O Brasil atrai aliciadores e se tornou fornecedor de meninas e crianças para exploração sexual, muito por causa de sua imagem de samba, carnaval e mulher bonita. Mas não só por isso, mas pelas vulnerabilidades em que se encontram grandes segmentos da população. Das crises que nos assombram e do aumento do desemprego.

## **2.3 Normas internacionais e nacionais para coibir o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.**

Convenção internacional que visa proibir o tráfico de pessoas é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transacional, conhecida como Convenção de Palermo, ratificada por meio do Decreto Federal n. 5.016, de 2004. A referida convenção tem dois protocolos. Um é chamado protocolo para a Prevenção e Supressão e Punição do tráfico de pessoas, especialmente as mulheres e crianças, Decreto Federal n. 5017, de 2004,

e o protocolo contra o contrabando de migrantes por terra, mar e ar, Decreto Federal n. 5016 de 2004.

A CEDAW – Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, no artigo 6º, situou que os Estados-partes adotassem as normas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para diminuir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração sexual da mulher.

O tema tratado é de preocupação nos âmbitos nacional e internacional. Sendo assim, não se faz satisfatório apenas a elaboração de meios internos para sua resolução, mas a união entre os países afetados a fim de que sejam elaborados meios eficientes, que abarquem o tráfico em toda sua extensão. Requer uma organização internacional e múltiplos esforços para solução desse dilema isso se inclui nas normas (DE PAULA, 2005).

No âmbito criminal, o Brasil inclui alguns tipos penais relacionadas ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, previstos no Código Penal:

*Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência). § 2º A pena é aumentada da metade se: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência). II – A vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência). III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou (Incluído*

*pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência). IV – Há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.*

*(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) § 3º Se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) Tráfico interno de pessoas (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005).*

Agora descrito como retratando de forma muito clara e objetiva as penas passadas pelo Código Penal Brasileiro frente à legislação por entender que promover, financiar ou auxiliar o tráfico de pessoas constitui um ato gravíssimo contra a dignidade da vítima, mas está se tornando cada vez mais frequente. Cenário da globalização. Portanto, o Código Penal não limita o tipo de crime de tráfico de pessoas à exploração sexual.

## **2.4 Dificuldades do Poder Público quanto à observância e cumprimento dos tratados ratificados.**

Os tratados internacionais são a fonte fundamental de força coercitiva no direito internacional atual. No modelo internacional de proteção dos direitos humanos, e na possibilidade de interação entre o direito internacional dos direitos humanos e a constituição, são necessários instrumentos internacionais como os tratados.

Tratados são instrumentos internacionais somente estarão vinculantes aos países que os assinarem e os ratificarem, resultando num extraordinário resultado para o sistema de proteção dos direitos humanos. Se houver violação de norma do tratado ratificado, o país pode ser responsabilizado, já que acolheu essas obrigações legais no livre estágio de sua soberania. Conforme diz o artigo 27 da Convenção de Viena, "Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado" (PAGNAN, 2015).

Observa-se que apesar consideráveis as transformações comportamentais da comunidade, além disso existem atitudes machistas e discriminatórias. Pais e mães possuem ludíbrio pela civilidade de seus filhos, podendo instigar positiva ou negativamente. Com efêmeras atitudes, conforme por modelo, explicar que os trabalhos domésticos são fardo de todos, e evidenciar que homens e mulheres são iguais em direitos, independentemente de raça e credo e fazendo assim sua fração para uma sociedade superior.

## **3. CONCLUSÃO**

O que pode abranger é que o tráfico de pessoas pode estar conceituado conforme a demanda de pessoas por terceiros ou organizações, as quais oferecem primeiramente labuta ou abarracamento para que se possa alcançar a deslocação, conduzir de um lugar para outro que seja semelhante, ou de um país para outro, pessoas que serão coagidas a desenvolverem atividades incompatíveis juntamente o acordo realizado na altura do recrutamento em um país de sua essência. Ou seja, é uma espécie de tráfico que visa deslocar pessoas de um lugar para outro, adentro ou fora do país, de forma legítima ou ilegítima.

No Brasil, a região norte igualmente absorve boa fração do tráfico sexual interno. As mulheres acompanham a superabundância de crescimento da Amazônia emigram juntamente com a mão de obra masculina para construções e fazendas, dando apoio a esses homens conforme cozinheiras ou prostitutas. No norte do país ocorre a divisão do Acre, Amapá, Amazonas, Tocantins, Roraima e Rondônia. As mulheres brasileiras são as maiores vítimas de tráfico enviadas para Portugal, oriundas do estado de Goiás, Minas Gerais e estados do Nordeste. No tráfico, posteriormente adentrar em outras localidades, as vítimas perdem seus direitos, são violentadas e ficam reduzidas a uma circunstância de escravidão. Além de cárcere privado, as vítimas ficam sem documentos para abster que tentem escapar.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, existem algumas medidas que podemos tomar para enfrentar o tráfico humano. São elas:

- Duvide de propostas de emprego fáceis e lucrativas;
- Leia atentamente o contrato de trabalho, buscando informações sobre a empresa contratante e procurando auxílio jurídico especializado;
- Evite tirar cópias de documentos pessoais e deixá-las em mãos de terceiros;
- Deixe o endereço, telefone e ou localização do lugar para onde estiver indo viajar para alguém;
- Se informe sobre o endereço e contato de consulados, ONGs e autoridades da região em que estiver indo viajar;
- Sempre que puder, se comunique com familiares e amigos.

E, se por acaso identificar uma suspeita de tráfico humano, denuncie no Disque 100 do governo federal e procure ajuda no Ministério Público Federal e ou em delegacias da Polícia Federal.

Lamentavelmente, a legislação nacional e internacional tem suas dificuldades em conter esse delito hediondo, uma circunstância que só no território brasileiro, podem acontecer de serem identificadas cerca de 240 rotas de tráfico de mulheres.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALLA, Yasmin. Tráfico de pessoas e exploração sexual: entenda o que é e saiba como denunciar. Disponível em: Publicado em: 22 set. 2014. Acesso em 02 abr.2017.

BONATO, Adriana Campos. Tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual comercial. Curitiba. 2013. Disponível em: Acesso em: 14 nov. 2017. BRASIL.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.848 de 7 dezembro de 1940. Capítulo V. Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. Disponível em: Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em: 27 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.901, de 4 de fevereiro de 2013. Institui a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - CONATRAP. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Ato2011-2014/2013/Decreto/D7901.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2011-2014/2013/Decreto/D7901.htm). Acesso em: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em: 15 de abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.344 de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)

O Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm). Acesso em: 14 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Código criminal do Império do Brasil, 1830. Capítulo II - Dos Crimes Contra A Segurança Da Honra, Secção I, Estupro. Disponível em: Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL, Mota Glauécia; SOUSA, Bruno Lopes de. Etnografia das políticas e programas de enfrentamento da violência sexual praticada contra crianças e adolescentes em Fortaleza. Publicado em:2005. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-epesquisa/download/estudos/sjcvolume4/etnografia\\_politicas\\_programas\\_enfrentamento\\_violencia\\_sexual\\_praticada\\_contra\\_crianças\\_adolescentes\\_fortaleza.pdf](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-epesquisa/download/estudos/sjcvolume4/etnografia_politicas_programas_enfrentamento_violencia_sexual_praticada_contra_crianças_adolescentes_fortaleza.pdf). Acesso em: 05 dez. 2017.

CONTINI, Alaerte Antonio Martelli. Os direitos das crianças e adolescentes nas declarações e convenções internacionais. Disponível em: < [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9416](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9416)>. Acesso: 15 mar. 2018.

CARVALHO, Sonia Nahas de. Avaliação de programas sociais: balanço de experiência e contribuição para o debate. São Paulo em Perspectiva. 185197. 2003.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA, 1993. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Disponível em: Acesso em: 09 nov. 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Acolhimento, assistência e proteção à vítima de tráfico de pessoas. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/enfrentamentoao-traffic-de-pessoas>. Acesso em: 15 abr. 2018.

GAATW. Aliança Global Contra Tráfico de Mulheres. Direitos humanos e tráfico de pessoas: um manual. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <https://translate.google.com.br/translate?hl=ptR&sl=en&u=http://www.gaatw.org/&pre v=search>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

GRUPO DAVIDA. Prostitutas, Traficadas E Pânicos Morais: uma análise de produção de fatos em pesquisas sobre o tráfico de seres humanos. Campinas: Cadernos Pagu, julho/dezembro de 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/traffic-de-pessoas>. Acesso em: 17 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tráfico de Mulheres - Pestraf. Publicada em 2002. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexospesquisas/2003pestraf.pdf/view>. Acesso em: 15 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Secretaria Nacional de Justiça. – Brasília: SNJ, 2006. 40

\_\_\_\_\_. I Diagnóstico sobre o Tráfico de Seres Humanos: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará. Secretaria Nacional de Justiça. – Brasília: SNJ, 2004.

MULHERES SEM VIOLÊNCIA. Gênero Mulher Desenvolvimento e Ação para Cidadania (GEMDAC) Coletivo Feminista – Teresina. Disponível em: <http://www.mulhersemviolencia.org.br/2017/04/25/organismos-nao-governamentaisde-enfrentamento-ao-trafico-de-mulheres/>. Acesso em: 17 abr. 2018.

PROTOCOLO DE PALERMO. Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm). Acesso em: 12 mar. 2018.

ROMANO, Rogério Tadeu. O tráfico de mulheres e o consentimento da vítima. Disponível em: Acesso em: 18 nov. 2017.

SANCHES, Rogério Cunha. Código Penal Comentado. Bahia: Ed. Juspodivm, 2015.

SANTOS, Andre. Posicionamento do STJ em relação aos crimes de favorecimento da prostituição, casa de prostituição e rufianismo. Disponível em: Publicado em: julho de 2017. Acesso em: 23 nov.2017.

SANTOS, Adelvina Maria dos; TAVARES, Márcia Santana. Enfrentamento ao Tráfico de Mulheres – Desafios no campo das práticas científicas e políticas públicas – 2014. Disponível em: <https://paradoxzero.com/zero/redor/wpcontent/uploads/2015/04/753-4574-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA MULHERES – SPM. Tráfico de Mulheres: Política Nacional de Enfrentamento. Brasília, 2011.

SILVESTRINI, Danielly Ferlin. Brasil: o berço do tráfico de mulheres e da exploração sexual. Publicado em: jun. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29110/brasil-o-berco-do-trafico-de-mulheres-e-daexploracao-sexual>. Acesso em: 11 de abril de 2018.

SOUZA, Lucicleia; Rollemberg, Silva. Marco legal aprovado, Brasil comemora Dia Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Publicado em: jul. 2017. Disponível em: Acesso em: 14 abr. 2018.

SOUZA, Mônica. Artigo 214 do CP revogado. Disponível em: Publicado em: agosto de 2009. Acesso em 13 nov. 2017.

UNODC.UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. UN. GIFT – Iniciativa Global da ONU contra o Tráfico de Pessoas. - 2007. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/ungift.html> . Acesso em: 16 abr. 2018.

JEAN-PAUL SARTRE

(IN PRETACIO DOS CONDENADOS DA TERRA DE FRANTZ FANON)

## NEOCONSTITUCIONALISMO, EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TENSÃO ENTRE OS PODERES

**VIVIAN LEITE SANTOS:** formada pela Universidade Federal de Sergipe. Atualmente, Assessora Jurídica junto ao Ministério Público Federal em Sergipe<sup>31</sup>.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo situar o leitor nos debates que envolvem a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, acentuados principalmente após o advento do neoconstitucionalismo, que teve como um de seus desdobramentos a expansão da atuação do Poder Judiciário no controle de atos advindos do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Buscou-se também apontar alguns mecanismos e teorias que vem sendo desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência como instrumentos de mitigações das tensões surgidas entre os Poderes. Na primeira parte do estudo, foi abordado o fenômeno jurídico-político-social do neoconstitucionalismo enquanto reaproximação entre o Direito e a Moral, explicando o contexto do seu surgimento após a 2ª Guerra Mundial, bem como seus efeitos sobre o entendimento e a aplicação do Direito. Na segunda parte, buscou-se explicitar de que forma a expansão do Poder Judiciário pode gerar tensões com os outros poderes, seja através do exercício do controle de constitucionalidade, seja através do exercício do controle de atos administrativos. No ponto, também foram abordados os argumentos daqueles que apontam a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para afastar atos e leis editadas por representantes eleitos pelo povo. Por outro lado, também foram trazidos argumentos favoráveis à expansão da jurisdição constitucional. Também se abordou a questão do ativismo judicial como fenômeno distinto da judicialização das políticas públicas. Por fim, buscou-se abordar teorias e técnicas trazidas pela doutrina e pela jurisprudência que tem por escopo mitigar as tensões criadas entre a expansão da jurisdição constitucional e o princípio da Separação dos Poderes, como por exemplo, a Doutrina Cheney, a Doutrina Chevron e a Teoria dos Diálogos Interinstitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** neoconstitucionalismo; controle de atos administrativos; controle de políticas públicas; controle de constitucionalidade; Separação dos Poderes; ativismo judicial; legitimidade democrática; diálogos institucionais.

**KEYWORDS:** neo-constitutionalism; control of administrative acts; control of public policies; control of constitutionality; Separation of Powers; judicial activism; democratic legitimacy; institutional dialogues.

---

31 E-mail: [vivian\\_vivi27@hotmail.com](mailto:vivian_vivi27@hotmail.com)

## 1. INTRODUÇÃO

O âmbito de atuação do Poder Judiciário passou por profundas transformações ao longo do tempo. Se em um determinado período da história os juízes eram mera boca da lei, com o advento da perspectiva da supremacia da Constituição (trazida pelo juiz Marshall da Suprema Corte Americana em 180xx, no paradigmático julgamento Marbury x Madison) e com surgimento do neoconstitucionalismo, certo é que o papel do Judiciário passou por expressiva expansão. No contexto brasileiro, também a adoção de uma constituição programática como a de 1988 foi elementar para os novos contornos dos poderes jurisdicionais.

Com as revoluções liberais burguesas que suplantaram os Estados absolutistas, a observância estrita da lei era vista como uma garantia contra eventuais investidas de segmentos do Antigo Regime. Assim, surgiram movimentos orientados por um paradigma de supremacia da lei, em que a atividade criativa dos juízes era vista com desconfiança. A aplicação do direito era então pautada por um Estado legalista, tecnicista e hermeticamente fechado.

Após a Segunda Guerra Mundial, verificou-se que a aplicação pura da lei, sem qualquer questionamento de justiça ou moralidade chancelou eventos como o Holocausto, já que toda a perseguição aos judeus e aos grupos “de raça impura” estava amparada pelas leis. Da mesma forma, constatou-se que não é suficiente enunciar e reconhecer direitos, é necessário atuar efetivamente para sua concretização. Surge então o neoconstitucionalismo, movimento político, social e jurídico que promoveu uma aproximação do Direito com a Moral, entendendo que a lei não pode ser compreendida pura e simplesmente como sinônimo de justiça,

Sobre o tema Barroso (2015, p. 9) registra que o século XX foi cenário de superação do paradigma jurídico firmado no século XIX, que era orientado por concepções legalistas, formalistas, positivistas e fundadas no direito privado. Dentre as principais transformações na maneira de pensar o direito, o ministro aponta: a) a superação do formalismo jurídico, deixando-se de compreender a aplicação do direito como sistema completo, em que a concretização da justiça era vista a partir da mera operação lógica e dedutiva de subsunção dos fatos à norma; b) o advento do pós positivismo, com a compreensão de que nem todas as soluções estão contidas na norma, levando o direito a buscar respostas também em outras áreas do conhecimento, como a ética, a sociologia, a filosofia, a economia e a psicologia; c) publicização do direito, que levou à centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, de forma que toda a interpretação jurídica é também uma interpretação que leva a Constituição como parâmetro.

Luís Roberto Barroso (2015, p. 7) explica que o neoconstitucionalismo teve como marco histórico, o pós Segunda Guerra, com a formação de um Estado Constitucional de Direito; como marco filosófico o pós positivismo, com a mencionada aproximação do Direito com a Moral, e o marco teórico, a partir de uma nova compreensão de Direito e Justiça e de adoção de novas práticas.

Os efeitos de um novo marco teórico se relacionam com a incorporação de valores axiológicos pelo ordenamento através dos princípios, os quais passam a ter força normativa assim como as regras. Como desdobramento da força normativa dos princípios, surge a necessidade de se formular uma nova hermenêutica constitucional. Além disso, ocorre uma expansão da jurisdição constitucional, uma vez que diversos valores sociais são incorporados pelo texto constitucional, ampliando o espectro do parâmetro do controle de constitucionalidade pelos juízes (BARROSO, 2015, p. 7).

Assim, além de representar uma releitura do fenômeno jurídico a partir da constatação da insuficiência da aplicação pura da lei como medidor de justiça, o neoconstitucionalismo pauta-se na busca por efetivação de direitos (ao invés de um mero reconhecimento formal). Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2015, p. 7):

O termo neoconstitucionalismo, portanto, tem um caráter descritivo de uma nova realidade. Mas conserva, também, uma dimensão normativa, isto é, há um endosso a essas transformações. Trata-se assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo. Um direito que deixa a sua zona de conforto tradicional, que é o da conservação de conquistas políticas relevantes, e passa a ter, também, uma função promocional, constituindo-se em instrumento de avanço social.

Para Paulo Bonavides (2004, p.127) "A Constituição é cada vez mais, num consenso que vai se cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania".

É possível afirmar então, que o neoconstitucionalismo possui algumas palavras de ordem: juridicidade (aqui compreendido como uma legalidade extensa, acrescida de princípios) e efetividade de direitos fundamentais. E é a partir desse desenho que é possível compreender o porquê da ampliação da atuação judicial no controle de atos dos outros Poderes: a juridicidade amplia a possibilidade de apreciação judicial de atos administrativos, pois o parâmetro não é mais de legalidade estrita apenas; a busca por efetividade, por sua vez, possibilita uma maior apreciação judicial das omissões dos outros poderes na implementação de direitos fundamentais, possibilitando, por exemplo, o controle judicial de políticas públicas. Além disso, a própria ideia de supremacia da

constituição como expressão dos valores fundantes de uma sociedade permite uma ampliação do controle de constitucionalidade pela via judicial.

Todo esse panorama marcado pela incorporação de valores axiológicos pelo Direito conduz a mudanças na compreensão de categorias político-jurídicas como separação de poderes e democracia. E é nesse contexto que ganha destaque a discussão sobre os limites da atuação de juízes não eleitos pelo povo no afastamento de decisões e atos praticados por representantes eleitos. O grande questionamento que surge é: a quem compete a aferição da conformidade da lei e dos atos do poder público com os valores superiores da Constituição? É devida a preponderância do Poder Judiciário nesse papel? Quais seriam os limites nessa aferição?

Conforme se demonstrará, a leitura que se faz acerca da Separação dos Poderes e da Democracia é o que diferencia aqueles que defendem a expansão da jurisdição constitucional e aqueles que defendem uma postura de autocontenção judicial.

## **2. DISCUSSÕES SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA INVALIDAÇÃO JUDICIAL DE ATOS PROVENIENTES DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO**

Aqueles que se posicionam favoravelmente à expansão da jurisdição constitucional compreendem que o princípio da separação dos poderes deixou de ter uma perspectiva meramente estática para ser lido à luz do novo constitucionalismo e do papel do Estado na realização de direitos sociais através de uma postura ativa da Administração Pública (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 78).

Carvalho Filho (2014, p. 160) explica que a acepção clássica e rígida da Separação dos Poderes desenvolvida por Montesquieu foi concebida com foco no paradigma da supremacia da lei, na qual o Judiciário é um poder praticamente nulo e adstrito a aplicação da lei no caso concreto. Com o advento do Estado Constitucional de Direito, passou-se a compreender a relação entre os poderes sob um viés de interdependência, coordenação e cooperação na realização dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais supremos que orientam toda a vida em sociedade.

Além disso, para essa corrente, a própria ideia de democracia deixa de ser vista apenas como uma manifestação de maiorias que se esgota no processo eleitoral. Surge então a concepção de democracia substantiva ou constitucional, que inclui igualdade de consideração e respeito pelos indivíduos e suas particularidades. Aponta-se também a existência de uma crise de representatividade entre a vontade popular e os titulares de mandato eletivo, os quais, não raramente, conduzem sua atuação política de forma dissociada dos fins pelos quais foram eleitos, ou ainda, priorizando a manutenção de seus privilégios.

Lucas Azevedo Paulino (2018, p. 31) citando Dworkin assevera que:

A concepção constitucional da democracia entende que o “autogoverno não é o governo de uma maioria que exerce sua autoridade sobre todos, mas o governo de todas as pessoas atuando como parceiras” (grifo do autor). (...)

Para essa interpretação da democracia, não deixam de ser importantes os aspectos participativos da democracia, como o sufrágio universal e a liberdade de expressão, mas eles devem ser instrumentos que devem ser interligados com as outras metas substantivas da democracia.

Na defesa da compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia argumenta-se também que após o neoconstitucionalismo surgiram novos lugares de representação da vontade popular. Já que a Constituição é a vontade popular suprema e consagrada dos valores mais caros de um povo, então o exercício do controle de constitucionalidade pelo Judiciário e a decisão judicial que determina a implementação de direitos fundamentais elementares nela contidos estão em verdade prestigiando a vontade popular consignada na Carta Magna, estando no âmbito da atividade judicial típica de interpretar a lei. Paulino (2018) explica que:

Os teóricos constitucionais geralmente justificam a supremacia judicial na interpretação constitucional e no controle de constitucionalidade das leis com fundamentos na superioridade do poder constituinte originário, que representaria diretamente o povo mobilizado e engajado civicamente, em detrimento da política cotidiana, na qual os cidadãos se preocupariam mais com seus interesses privados enquanto delegariam o exercício da política a representantes indiretos.

Além disso, há quem sustente, a exemplo de Robert Alexy, que enquanto a representatividade dos poderes Executivo e Legislativo se dá por intermédio do voto, a representatividade do Poder Judiciário se dá por meio da argumentação e da fundamentação racional.

Para Jhon Rawls, o Judiciário seria o poder mais capaz de orientar sua atuação com base em razões públicas, o que justificaria sua preponderância na interpretação da Constituição. Os cidadãos e os legisladores, contrariamente, podem votar de acordo com suas visões de mundo sem necessidade de fundamentação racional (PAULINO, 2018, p. 42 a 45).

Em uma sociedade complexa e pluralista, a conciliação de interesses conflitantes e a legitimidade das decisões públicas pressupõe a adoção de decisões políticas racionais assentadas em “um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis”, entendidas como concepções que “todos os cidadãos, em suas condições livres e iguais, possam razoavelmente endossar” (PAULINO, 2018, p.41).

Por outro lado, há aqueles que concebem que a condução de uma sociedade democrática deve ser pautada pelo critério majoritário, de forma que a última palavra não deve ser conferida ao Poder Judiciário sob pena de afronta à democracia. Explicando o entendimento de Jeremy Waldron, Lucas Azevedo Paulino aduz que os sujeitos e grupos divergem acerca do que são os valores e regras fundamentais de uma sociedade, bem como qual sua extensão e limites. Nesse contexto, diante da necessidade de se chegar a um consenso mínimo, “deve-se buscar um procedimento que todos considerem legítimo, independente da opinião sobre o mérito da questão” (PAULINO, 2018, p.62).

Em função disso, os procedimentos e as instituições devem ser arquitetados de forma que a decisão coletiva, reconhecendo o desacordo, trate todos os indivíduos como agentes com igual respeito e consideração e detentores de autonomia moral para definir os rumos da vida em coletividade. (...) a decisão majoritária é esse procedimento técnico que permite escolher um curso de ação em circunstâncias onde existe um impasse sobre o que fazer. (...) A decisão majoritária, além disso, é neutra em relação aos resultados, porquanto trata os participantes e suas opiniões com igualdade (WALDRON apud PAULINO, p. 62-64).

Assim, para Waldron, a qualidade democrática das decisões e atos que conduzem um povo reside não no resultado, mas no procedimento garantidor de participação e de voz a todos os cidadãos. O critério majoritário, enquanto respaldado por um juízo de equidade, é o mais apto a aplacar os conflitos políticos e legitimar as decisões ao ponto de vista dos que consideram o resultado insatisfatório (PAULINO, 2018, p. 73-74).

No tocante ao argumento suscitado pela doutrina favorável ao *judicial review* de que a prevalência das decisões de maiorias pode ensejar opressão a direitos de minorias, Waldron sustenta que em qualquer dissenso sobre direitos, o lado “perdedor” entenderá que o lado contrário é potencialmente tirânico. Não obstante, o próprio Waldron entende que em casos atípicos de violação de direitos, tal como sucedeu com a segregação racial estadunidense, sua objeção ao judicial review não é aplicável (PAULINO, 2018, p. 91-92).

Paulino expõe também os argumentos trazidos por Richard Bellamy no sentido de que não há nenhum indicativo concreto de que as decisões tomadas pelo Legislativo são

mais suscetíveis a desvirtuamentos do que as do Judiciário, como se esse último fosse imune a ideologias e grupos de pressão (PAULINO, 2018, p.104-105).

Embora traga argumentos importantes para o aprimoramento dos debates, a doutrina refratária ao poder judicial de invalidação de atos administrativos e normativos, atualmente, é minoritária. A questão principal que parece se impor atualmente não é sobre a legitimidade do judicial review, mas sobre quais os limites devem ser observados para que os valores democráticos não sejam comprometidos.

Aliás, nesse sentido, alguns doutrinadores entendem que há diferenciação entre a judicialização da política (como fenômeno natural e inevitável advindo do neoconstitucionalismo e de constituições programáticas) e o denominado ativismo judicial (a ser compreendido sobre os limites que devem pautar a conduta do juiz no exercício da jurisdição). BARROSO.

Diante das considerações supra, parte-se para a análise de algumas técnicas e parâmetros de atuação que visam limitar o exercício da jurisdição constitucional. São técnicas que devem ser observadas pelo próprio Poder Judiciário e fiscalizadas pelos outros poderes, a fim de se equilibrar, de um lado, a efetiva proteção a direitos fundamentais e princípios e de outro, a democracia como vontade popular.

### **3. INSTRUMENTOS DE EQUILÍBRIO ENTRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES**

No tocante à tensão entre a função jurisdicional e a governança do Poder Executivo, surgem as doutrinas Chenery e Chevron, de inspiração norte-americana.

A doutrina Chenery preconiza que o Poder Judiciário não pode se imiscuir na definição ou na interpretação de critérios técnicos que amparam decisões do Poder Executivo. Isso porque os atos administrativos não são imbuídos apenas de princípios e regras do ordenamento jurídico, mas também de fatores de ordem técnica, cuja expertise é de conhecimento próprio de órgãos atuantes em políticas públicas. Dessa forma, a intervenção do Judiciário, nesses casos, deve ser pautada por uma postura de autocontenção, sendo válida somente se houver ilegalidades no ato apreciado.

O Superior Tribunal de Justiça já aplicou a referida teoria no ano de 2017 (AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP), em caso de impugnação ao aumento das tarifas do transporte público em São Paulo. Na ocasião, os ministros entenderam que os critérios mercadológicos e operacionais que levaram ao aumento da tarifa não eram passíveis de serem apreciados pelo Poder Judiciário em razão da sua ausência de capacidade técnica para tanto.

A doutrina Chevron, por sua vez, trata sobre casos em que há multiplicidade de interpretações possíveis para a solução de um caso que envolva atos administrativos. Nesses casos, o juiz deve adotar uma postura de deferência, prestigiando o papel do Poder Executivo na resolução da questão. Assim, pela doutrina Chevron, o juiz não deve procurar a melhor interpretação possível da norma, mas aceitar como legítima uma interpretação razoável dada pelo gestor ( RODRIGUES JR. e ARAÚJO, 2023).

Dessa forma, pode-se afirmar que por essa corrente de pensamento, as decisões administrativas, normalmente permeadas de questões complexas e específicas, não precisam estar num estado ideal para serem legítimas, basta que sejam razoáveis a partir dos elementos disponíveis na realidade fática.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADI 4874 citou a doutrina Chevron para fundamentar a improcedência do pedido de inconstitucionalidade da Resolução da Agência de Vigilância Sanitária – Anvisa que proibia a importação e comercialização de produtos fumígenos derivados do tabaco contendo aditivos de sabor e aromas. Na ementa oficial, consta o seguinte:

A competência específica da ANVISA para regulamentar os produtos que envolvam risco à saúde (art. 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999) necessariamente inclui a competência para definir, **por meio de critérios técnicos e de segurança**, os ingredientes que podem e não podem ser usados na fabricação de tais produtos. Daí o suporte legal à RDC nº 14/2012, no que proíbe a adição, nos produtos fumígenos derivados do tabaco, de compostos ou substâncias destinados a aumentar a sua atratividade. **De matiz eminentemente técnica, a disciplina da forma de apresentação (composição, características etc.) de produto destinado ao consumo, não traduz restrição sobre a sua natureza. 9. Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei.** Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em

uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição.  
**Aplicação da doutrina da deferência administrativa (Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council).**  
(...)

ADI 4874, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019

Ainda no âmbito da justiciabilidade de atos do Poder Executivo junto ao Judiciário, situa-se a questão do controle judicial de políticas públicas. Embora a possibilidade de pronunciamento judicial frente às omissões injustificadas na implementação de direitos fundamentais de envergadura constitucional venha sendo cada vez mais aceita no âmbito da doutrina e da jurisprudência, fato é que os limites e balizas desse controle precisam ser mais bem delineados, merecendo uma atenção especial dos estudiosos do Direito.

Atento a essas questões, o Supremo Tribunal Federal fixou em sede de Repercussão Geral (Tema 698), alguns limites que devem ser observados pelo Poder Judiciário nas demandas que determinem obrigações de fazer ao Estado e que tenham repercussão na implementação de políticas públicas.

6. Fixação das seguintes teses de julgamento:  
"1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)".

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso também destacou os seguintes parâmetros: i) primeiramente, deve estar comprovada a omissão grave e injustificada do Poder Público; ii) observar a possibilidade de universalização da providência a ser determinada, considerados os recursos efetivamente existentes; iii) o órgão julgador pode determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser implementada; iv) o órgão julgador deve privilegiar medidas estruturais de resolução do conflito; v) o Judiciário deve considerar sua ausência de *expertise* e capacidade institucional para solucionar determinadas questões; vi) o Judiciário deve ampliar ao máximo a abertura do debate com as instâncias democráticas e com a sociedade civil, a fim de possibilitar uma

visão global do problema e uma tomada de decisão qualificada, mediante a admissão de *amicus curiae* ou realização de audiências públicas.

Já no tocante às tensões democráticas advindas do controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais, é possível citar a tese dos diálogos interinstitucionais como uma racionalidade que visa compatibilizar a função das cortes como guardiãs da constituição e a soberania popular. Trata-se de um modelo que visa estimular a interação dialógica entre os poderes, em que as decisões finais sobre determinado tema são dadas em caráter provisório, tendo em vista que as questões podem ser reabertas e debatidas novamente. (PAULINO, 2018, p.135)

Carvalho Filho (2014) sustenta que no ordenamento jurídico brasileiro é possível se vislumbrar alguns mecanismos de cooperativismo entre o Judiciário e o Legislativo, a exemplo do art. 102, §2º da Constituição Federal, segundo o qual as decisões do STF em controle de constitucionalidade, embora possuam eficácia vinculante e *erga omnes*, não vinculam o Poder Legislativo na sua atuação legiferante. Assim, o Poder Legislativo pode editar uma nova norma, com conteúdo contrário ao que foi decidido pelo Supremo. Foi o que aconteceu, por exemplo, com a edição da emenda constitucional que dispôs sobre as vaquejadas como forma de manifestação cultural a protegida pela Constituição logo após a decisão do STF que havia decidido pela incompatibilidade do referido esporte com os valores constitucionais.

O autor cita ainda que a técnica das decisões de apelo ao legislador, aplicada nos casos de omissão inconstitucional, também retrata um instrumento de atuação cooperativa entre os poderes. No ponto, o Poder Judiciário reconhece uma situação de inconstitucionalidade e mora legislativa sobre determinado tema, sem proferir decisão que tenha repercussões efetivas na realidade, mas provocando o legislador a agir para suprir determinada omissão.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O advento do neoconstitucionalismo trouxe um novo paradigma na compreensão do Direito e da interpretação jurídica. O pós-positivismo trouxe uma aproximação entre o Direito e a Moral, possibilitando que valores axiológicos interpenetrassem no mundo jurídico através dos princípios, das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, ampliando a margem de atuação do juiz na interpretação das normas jurídicas.

Além disso, também como consequência do movimento neoconstitucionalista, a tônica do ordenamento jurídico passou a ser a implementação e concretização dos direitos,

de forma que todos os Poderes passam a ter responsabilidade e proatividade na efetivação de políticas públicas.

Nesse contexto de expansão da jurisdição constitucional e de ampliação do papel do Poder Judiciário surgiram debates sobre a postura que o juiz e os tribunais devem adotar para não ingressar indevidamente na esfera de atuação própria dos outros Poderes. A legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário tem sido, portanto, um dos grandes debates jurídico-políticos da atualidade, debate esse que convoca todas as instâncias de poder e a sociedade civil a aprimorar técnicas de decisões e de atuação que permitam harmonizar a implementação de valores essenciais a uma sociedade com a estabilidade das instituições e dos três poderes.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3096>. Acesso em: 30/12/2023.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICK, Katya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. Revista Direito GV, São Paulo. Jan-jun 2012. P. 059-086. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99927/1/judicializacao\\_politica\\_controle\\_kozi\\_cki.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99927/1/judicializacao_politica_controle_kozi_cki.pdf). Acesso em: 26/12/2023.

BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Estudos Avançados, 18(51), 127-150. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10003>. Acesso em 23/12/2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade*. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/503043>

**CAVALCANTE, Márcio André Lopes.** *Parâmetros para nortear as decisões judiciais a respeito de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais.* **Buscador** Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d871c387c0f0eac2c553c7c4d59796f9>. Acesso em: 05/01/2024

MENDES, Gilmar. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster\\_port.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf). Acesso em 23/10/2023.

PAULINO, Lucas Azevedo. *Jurisdição Constitucional sem Supremacia Judicial*. Editora Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2018.

RODRIGUES JÚNIOR, José Gutemberg; ARAÚJO, Clara Skarlleth Lopes de. *Da deferência ao ato administrativo e das capacidades institucionais*. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-31/rodrigues-jr-araujo-deferencia-ato-administrativo/>. Acesso em: 05/01/2024.

Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2017, DJe 20/06/2017

Supremo Tribunal Federal. ADI 4874, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019.

Supremo Tribunal Federal. RE 684612, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/07/2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 04-08-2023 PUBLIC 07-08-2023.

## O HIDROGÊNIO VERDE COMO UMA FONTE DE ENERGIA LIMPA E SUSTENTÁVEL

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:** Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca (USAL), doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción (UAA), com título de doutorado reconhecido pela Universidade de Marília (UNIMAR/SP), mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción (UAA)<sup>32</sup>

MARIA DO SOCORRO FREITAS DE BRITO<sup>33</sup>

(coautora)

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um breve estudo do hidrogênio verde como uma fonte de energia limpa e sustentável. O seu uso pode contribuir significativamente para a redução das emissões de carbono e combate às mudanças climáticas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hidrogênio verde; Fonte; Energia; Limpa; Sustentável.

**ABSTRACT:** This article aims to succinctly provide a brief study of green hydrogen as a clean and sustainable source of energy. Its use can significantly contribute to reducing carbon emissions and combating climate change.

**KEYWORDS:** Green hydrogen; Source; Energy; Clean; Sustainable.

### INTRODUÇÃO

O hidrogênio verde é uma forma de produção de hidrogênio que utiliza energia renovável para a sua obtenção. Diferente do hidrogênio cinza, que é produzido a partir de combustíveis fósseis e é altamente poluente, o hidrogênio verde é gerado através de um processo chamado eletrólise da água, utilizando eletricidade gerada a partir de fontes

<sup>32</sup> especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense (FAP) e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e Assessor de gabinete de Conselheira no Tribunal de Contas do Estado do Piauí (TCE/PI).

<sup>33</sup> Especialista em controle externo pela Universidade Federal do Piauí (UFPI), graduada em ciências contábeis pela Universidade Federal do Piauí (UFPI), graduada em licenciatura plena letras português pela Universidade Federal do Piauí (UFPI) e auditora do controle externo no Tribunal de Contas do Estado do Piauí (TCE/PI).

limpas, como a energia solar e eólica.

A importância do hidrogênio verde está relacionada ao seu potencial como uma fonte de energia limpa e sustentável. Ao contrário dos combustíveis fósseis, que liberam grandes quantidades de dióxido de carbono na atmosfera quando queimados, o hidrogênio verde não emite gases de efeito estufa durante sua utilização. Isso significa que o seu uso pode contribuir significativamente para a redução das emissões de carbono e combate às mudanças climáticas.

Além disso, o hidrogênio verde possui uma ampla gama de aplicações. Ele pode ser utilizado como combustível para veículos, substituindo os combustíveis fósseis e reduzindo a dependência do petróleo. Também pode ser utilizado na geração de eletricidade, através de células de combustível, que convertem o hidrogênio em eletricidade de forma eficiente e sem emissões. Essa eletricidade pode ser utilizada tanto em residências e empresas, como também em indústrias, contribuindo para uma matriz energética mais limpa e sustentável.

## **DESENVOLVIMENTO**

O hidrogênio verde está ganhando destaque como uma alternativa promissora para substituir os combustíveis fósseis. Com a crescente preocupação em relação às mudanças climáticas e à necessidade de preservar o meio ambiente, é fundamental explorar soluções mais limpas e sustentáveis para nossas necessidades de energia.

A importância do hidrogênio verde reside no fato de ser uma fonte de energia renovável e limpa. Ao contrário dos combustíveis fósseis, que emitem grandes quantidades de dióxido de carbono, o hidrogênio verde produz apenas água quando utilizado como combustível. Isso significa que sua utilização contribui de forma significativa para reduzir as emissões de gases de efeito estufa.

Uma das maiores vantagens do hidrogênio verde é sua capacidade de substituir os combustíveis fósseis em diversos setores. Por exemplo, no setor de transporte, onde os veículos movidos a combustão são responsáveis por uma parcela significativa das emissões de gases poluentes, o hidrogênio verde pode surgir como uma solução viável.

Os veículos movidos a hidrogênio são alimentados por células de combustível que convertem a energia química do hidrogênio em eletricidade, permitindo que os veículos se desloquem de forma limpa e silenciosa. Além disso, o hidrogênio verde pode ser produzido a partir de fontes renováveis, como energia solar e eólica, reduzindo ainda mais seu impacto ambiental.

Outra área em que o hidrogênio verde pode fazer a diferença é na geração de

energia. Combinado com tecnologia de pilhas a combustível, ele pode ser usado para alimentar residências, indústrias e até mesmo cidades inteiras. Essa abordagem permitiria uma maior autonomia energética, reduzindo nossa dependência de combustíveis fósseis e mitigando os riscos associados à escassez de recursos.

A substituição dos combustíveis fósseis pelo hidrogênio verde também teria um impacto positivo significativo na preservação do meio ambiente. A exploração de recursos fósseis é uma atividade altamente destrutiva, que causa danos irreversíveis aos ecossistemas. Ao optar pelo hidrogênio verde, nos movemos em direção a uma matriz energética mais sustentável, que não agride os recursos naturais.

O art. 225 da Constituição Federal de 1988 garante a todos os brasileiros – inclusive àqueles que ainda nascerão – o direito a um ambiente equilibrado. Pensando ecologicamente, os Constituintes de 1988 estabeleceram os fundamentos do direito intergeracional a um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

### **O Piauí e o seu potencial para a produção de hidrogênio verde**

O Estado do Piauí, localizado no nordeste do Brasil, está prestes a se tornar o maior produtor de hidrogênio verde do mundo. Esse avanço tecnológico e ambiental coloca o estado em evidência global, trazendo oportunidades de desenvolvimento econômico e sustentável.

O hidrogênio verde é um combustível limpo e renovável produzido a partir da eletrólise da água utilizando energia elétrica obtida de fontes renováveis, como a solar e eólica, disponíveis em abundância no Piauí. Essa tecnologia permite a produção de hidrogênio sem emissões de gases poluentes, impactando positivamente o meio ambiente e contribuindo para a redução dos efeitos das mudanças climáticas.

Com uma área de aproximadamente 251 mil quilômetros quadrados, o Piauí possui um grande potencial para a produção de energia renovável e, conseqüentemente, para a produção de hidrogênio verde. O estado já conta com grandes parques eólicos e projetos de energia solar em operação, que fornecem uma quantidade significativa de energia elétrica limpa.

Além disso, o estado tem investido em pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias. Parcerias entre universidades, empresas e instituições de ciência e tecnologia têm impulsionado estudos para aprimorar os processos de produção e armazenamento do hidrogênio verde. Essa colaboração entre setores tem sido fundamental para o avanço da tecnologia e para a consolidação do Piauí como líder nessa área.

As empresas Green Energy, da Croácia, e Solatio, da Espanha, vão realizar os investimentos de R\$ 200 milhões ao longo dos próximos anos, com previsão de geração

de 20GW de potência, nas duas plantas, e criação de 20 mil empregos até a conclusão dos projetos, em 2035. O projeto prevê a exportação de hidrogênio verde para a Europa, o Oriente Médio e a Ásia.

A produção em larga escala de hidrogênio verde no Piauí tem o potencial de tornar o estado uma referência global nesse setor. Países de todo o mundo estão em busca de alternativas energéticas limpas e sustentáveis, e o hidrogênio verde é uma solução promissora. O Piauí, com seu clima favorável e vastas áreas disponíveis para a instalação de parques de energia renovável, tem todas as condições para atender à demanda global por hidrogênio verde.

Essa nova indústria trará diversos benefícios para o estado, como o aumento de investimentos, a criação de empregos e o desenvolvimento de tecnologias de ponta. Além disso, o Piauí irá fortalecer seu papel de protagonista no cenário energético brasileiro e mundial, contribuindo para a diversificação da matriz energética e a redução das emissões de gases do efeito estufa.

De fato, a transição para o hidrogênio verde como combustível pode ser a chave para alcançar um futuro mais limpo e sustentável. No entanto, para que isso se torne uma realidade, é necessário investimento em pesquisas e desenvolvimento, além do incentivo para a produção em larga escala desse combustível. É imperativo que governos, indústrias e sociedade em geral se unam para impulsionar essa transição e garantir um futuro mais verde para todos.

## **CONCLUSÃO**

O hidrogênio verde é uma forma de produção de hidrogênio que utiliza energia renovável, como a solar e eólica, para a sua obtenção. Sua importância está relacionada à sua capacidade de ser uma fonte de energia limpa e sustentável, contribuindo para a redução das emissões de carbono e combate às mudanças climáticas. Além disso, o hidrogênio verde possui diversas aplicações, como combustível para veículos, geração de eletricidade e produção de fertilizantes. Portanto, investir em tecnologias relacionadas ao hidrogênio verde é fundamental para um futuro mais sustentável e livre de poluição.

O Estado do Piauí está se preparando para se tornar o maior produtor de hidrogênio verde do mundo. Com seus recursos naturais privilegiados e o compromisso em adotar tecnologias sustentáveis, o estado está abrindo caminho para um futuro mais limpo e resiliente. O Piauí é um exemplo inspirador de como é possível conciliar desenvolvimento econômico com preservação do meio ambiente, trazendo benefícios para a população e para o planeta.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 de jan. 2024.

International Energy Agency (IEA). "The Future of Hydrogen". <https://www.iea.org/reports/the-future-of-hydrogen>.

Green Hydrogen Coalition. "What is Green Hydrogen?" <https://www.greenhydrogencoalition.org/green-hydrogen/>.