



Cadernos de Iniciação Científica

Nº 13 | 2016.1





Cadernos de Iniciação Científica

Nº 13 | 2016.1

Salvador, Bahia
2017



ISSN: 2176-0039

Editor-chefe

Prof. Fernando Caria Leal Neto

Editoras-executivas

Ana Carolina Fernandes Mascarenhas

Ana Thereza Meirelles

Editoração eletrônica

Carla Piaggio

Capa

Salamanda

Conselho Editorial

Prof. Ms. Geovane de Mori Peixoto

Prof. Ms. Thiago Carvalho Borges

Prof. Ms. Társis Silva de Cerqueira

Prof. Ms. Roberto de Almeida Borges Gomes

Prof. Ms. Diogo Assis Cardoso Guanabara

Profª Ms. Laís Gramacho

Prof. Ms. Marcus Seixas Souza

Profª Ms. Adriana Brasil Vieira Wyzykowski

Profª Drª. Ana Carolina Mascarenhas

Profª Drª. Ana Thereza Meirelles



Rua Visconde de Itaborahy, 989,

Amaralina, Salvador – Bahia

(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552

contato@faculdadebaianadedireito.com.br

www.faculdadebaianadedireito.com.br





Linha editorial

O periódico Cadernos de Iniciação Científica é uma publicação impressa da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. A sua proposta é fomentar a produção científica dos discentes do Curso de Graduação em Direito, veiculando os trabalhos produzidos a partir dos grupos de iniciação científica da própria IES, bem como artigos autônomos encaminhados a partir de edital de chamada específico.

Os trabalhos recebidos devem se enquadrar, ao menos, em uma das seis linhas temáticas desenvolvidas na IES: Direito Processual e Constituição; Constitucionalização e a Ciência Penal; Direitos Fundamentais e sua efetividade; Direito Privado e contemporaneidade; Direito e Arte; e Perspectivas atuais em Direito Público.





Processo de avaliação pelo Conselho Editorial

1. Para publicação dos trabalhos, é necessária a submissão ao Editor, que dará seguimento ao processo de avaliação conforme procedimento abaixo indicado.
2. Uma vez recebido o trabalho pela editoria, haverá o cadastro e em seguida será feita a remessa a um professor da Graduação em Direito para que avalie segundo critérios objetivos quanto à forma e conteúdo.
3. A avaliação é feita mediante formulário de avaliação, contendo questões inerentes aos aspectos formais e materiais do trabalho. A decisão pela publicação é formada pelos aspectos formal e material da avaliação.
4. O aspecto formal da avaliação consiste no juízo de adequação do artigo submetido ao edital e às normas da ABNT. A inadequação formal poderá levar à rejeição sumária do artigo por decisão dos editores. Se, contudo, o objeto da inadequação for sanável, o autor terá prazo de 10 (dez) dias para apresentar as retificações. Caso sanadas, serão remetidas para a avaliação pelo Conselho Editorial.
5. O aspecto material da avaliação é aferido pelo Conselho Editorial. O seu objetivo é aferir o valor científico do artigo em grau de iniciação científica, a articulação dos argumentos adu-



CADERNOS DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA Nº 13

zidos, a qualidade das referências, a precisão técnica da abordagem e do uso dos elementos conceituais, bem como a construção do diálogo acadêmico. Nesse sentido, o parecer é o principal instrumento para determinar a aceitação e a prioridade na publicação.

6. Após a avaliação pelo Conselho, os editores avaliam o resultado e emitem uma decisão, que poderá ser pela aceitação, submissão a correções obrigatórias ou rejeição.
7. Como responsáveis pela qualidade da publicação, os editores zelarão pela qualidade editorial do periódico.
8. Não será admitido recurso da decisão que indeferir o trabalho.
9. Haverá rejeição sumária dos artigos identificados, que contenham trechos de outras obras sem a devida referência bibliográfica. Qualquer forma de plágio importará em rejeição.



Regras para publicação de artigos nos Cadernos de Iniciação Científica

1. O trabalho encaminhado para publicação no periódico *Cadernos de Iniciação Científica*, uma vez publicado, considera-se licenciado para a publicação, podendo ser veiculado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho deve ser enviado pelo correio eletrônico, para o endereço: publicacoes@faculdade-baianadedireito.com.br (no “Assunto”, fazer referência a Cadernos de Iniciação Científica).
3. O trabalho deverá ter entre 12 e 30 laudas. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. O espaçamento entrelinha deve ser 1,5; as margens superior e esquerda 3,0 cm e inferior e direita 2,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone e *e-mail*, bem como a autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas — ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*;

- local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*.
6. Os trabalhos deverão conter título, além de serem precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) e de um *Sumário*.
 7. Deverão ser destacadas as *palavras-chave*.
 8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas de acordo com NBR 10520.
 9. O envio do artigo será considerado participação voluntária e gratuita do autor(a). Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.
 10. O trabalho para publicação será selecionado pelo Conselho Editorial da Revista. Os trabalhos aprovados com ressalvas serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

Fernando Caria Leal Neto

Editor dos Cadernos de Iniciação Científica

SOLICITAÇÃO DE PERMUTA

Solicita-se permuta.

Piedese canje.

On demande l'échange.

We ask for exchange.

Si richide lo scambio.

Austausch wird gebeten.

Sumário

Capítulo I

CONSIDERAÇÕES SOBRE O AUMENTO DO ENCARCERAMENTO FEMININO E O COMETIMENTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS 17

Bianca Costa Neves

1. Introdução 20
2. O tráfico de drogas 21
 - 2.1. O tráfico de entorpecentes e o encarceramento masculino 24
 - 2.2. Encarceramento feminino, execução da pena e relações de gênero 25
 - 2.3. Regime especial de cumprimento de pena para as mulheres 29
 - 2.4. A violação dos direitos humanos e fundamentais no encarceramento por tráfico 29
3. A análise da relação do aumento do encarceramento feminino com o tráfico de drogas 31
4. Considerações finais 34
5. Referências 36

Capítulo II

REPENSANDO A VULNERABILIDADE DO INTERDITANDO 41

Elis Costa Menezes

1. Introdução 44
2. Considerações sobre vulnerabilidade 45
3. Quem é o interditando? 48
4. Algumas dificuldades enfrentadas pelo interditando no velho regime jurídico da interdição 51
5. O procedimento de interdição 55
 - 5.1. Legitimidade para propositura e a petição inicial 55
 - 5.2. A entrevista e a impugnação do interdito 60
 - 5.3. O laudo pericial e a segunda audiência 67

6. Os diplomas legais sancionados em 2015 e as mudanças positivas para o interditando	71
7. Conclusão.....	73
8. Referências	74

Capítulo III

HC 126.292: O FUNERAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O STF COMO "COVEIRO"

CONSTITUCIONAL..... 81

Ingrid Caribé Bastos

1. Introdução	84
2. Processo penal justo	85
2.1. Princiologia processual	85
2.1.1. Noções Gerais	85
2.1.2. Presunção de Inocência.....	89
2.2. Devido processo penal	92
3. O papel do STF	95
3.1. Histórico e funções inerentes	95
3.2. Ativismo judicial	98
4. Execução da pena à luz do STF.....	100
4.1. Entendimento 2009: HC 84.078.....	100
4.2. Entendimento 2016: HC 126.292.....	102
4.3. ADCs 43 e 44	109
5. Conclusão.....	112
6. Referências	114

Capítulo IV

A EIRELI COMO CTHULLU DO DIREITO

EMPRESARIAL BRASILEIRO117

Ivan Luis Lira de Santana

1. Introdução	120
2. O que é ser empresário e os elementos do conceito de empresa	120
2.1. Profissionalismo.....	121
2.2. Atividade	122
2.3. Organização.....	123
2.4. Produção ou circulação de bens e serviços	124

SUMÁRIO

2.5. Exceções ao conceito de empresário	124
3. Das formas de exercer a atividade empresarial.....	125
3.1. Empresário individual.....	126
3.2. Sociedades empresárias	126
4. Responsabilidade dos sócios pelas dívidas contrai- das pela sociedade	128
4.1. Desconsideração da personalidade jurídica	129
5. A EIRELI como <i>Cthullu</i> do Direito Empresarial Bra- sileiro.....	130
5.1. EIRELI: natureza jurídica, características e con- trovérsias	131
5.2. <i>Cthullu</i> e os pontos de aproximação com a figu- ra da EIRELI	135
6. Conclusão.....	136
7. Referências	137

Capítulo V

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO USO DO UBER PARA FINS DE TRANSPORTE PELO MUNICÍPIO DE SALVADOR139

Lyellen Silva Fernandes

1. Introdução	142
2. Distribuição de competências na federação	143
2.1. Competência da União	145
2.2. Competência dos Estados	149
2.3. Competência dos Municípios.....	150
3. Liberdade de iniciativa e concorrência.....	153
4. O uso do Uber e o juízo sobre a (in)constituciona- lidade	157
5. Conclusão.....	164
6. Referências	165

Capítulo VI

A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA E O (IM)POSSÍVEL ENQUADRAMENTO DA CONDUTA COMO TRÁFICO DE DROGAS 169

Matheus Campos de Freitas

1. Introdução	172
2. Maconha.....	173
2.1. <i>Cannabis sativa linneu</i>	174
2.2. Substância <i>tetraidrocanabinol (THC)</i>	175
2.3. Sementes de maconha	176
3. Tráfico de drogas e a importação de matéria-prima ..	177
3.1. Aspectos relevantes do <i>iter criminis</i>	177
3.2. Art.33 da lei 11.343/06 e normas equiparadas.	180
3.3. Entendimento jurisprudencial sobre a importação de sementes de maconha	182
4. A (a)tipicidade da importação de sementes de maconha.....	185
4.1. Sobre o conceito de tipicidade	186
4.2. Tráfico de drogas como norma penal em branco	187
4.3. A taxatividade penal e a (a)tipicidade da importação de sementes de maconha	189
5. Considerações finais	193
6. Referências	194

Capítulo VII

O DRAMA DOS REFUGIADOS: PERSPECTIVAS

JURÍDICAS 199

Matheus Requião Silva de Oliveira

1. Introdução	202
2. Migrantes e Refugiados: distinções terminológicas ..	203
3. A problemática dos refugiados: evolução histórica dos âmbitos de proteção	205
3.1. A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1966.....	205
3.2. Declaração de Cartagena	208
3.3. O <i>non-refoulement</i>	210
4. Brasil: âmbitos jurídicos de proteção.....	213
4.1. Lei nº 9.474 de 1997.....	214
4.2. Constituição Federal de 1988.....	219
4.3. Refugiados como titulares de direitos fundamentais.....	220
5. Por uma cooperação internacional	229

SUMÁRIO

6. Considerações finais	239
7. Referências	240

Capítulo VII

AUTOCOLOCAÇÃO OU HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO: A VÍTIMA QUE ACEITA CARONA COM CONDUTOR SOBRE EFEITO DE ÁLCOOL.....249

Natália Lacerda Pereira Dias

1. Introdução	252
2. Visão de Günther Jakobs	253
2.1. Risco permitido	254
2.2. Princípio da confiança	255
2.3. Proibição de regresso	257
2.4. Competência da vítima	258
3. Visão de Claus Roxin	259
3.1. Criação ou aumento de um risco juridicamente relevante	261
3.2. Realização do risco	263
3.3. Alcance do tipo	264
3.4. Diminuição do risco	265
4. Questões acerca da colocação em perigo	266
5. Considerações finais	268
6. Referências	269

Capítulo IX

O AUMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS PELA INTERNET.....271

Orlando Ribeiro Serra

1. Introdução	273
2. Vulnerabilidade	274
3. Vulnerabilidade do consumidor	279
4. Vulnerabilidade do consumidor nas compras pela internet	285
5. Considerações finais	290
6. Referências	291

Capítulo X

A AFETAÇÃO DO CYBERBULLY E A VULNERABILIDADE EM MENORES DE IDADE: A PROBLEMÁTICA RELAÇÃO ENTRE AGRESSOR E OFENDIDO295

Rafael Cruz da Rocha Dias

1. Introdução	298
2. <i>Bully, cyberbullying</i> e assédio moral	299
3. A afetação do <i>cyberbully</i> e a sua maior incidência em sujeitos vulneráveis: o caso das crianças e adolescentes	302
3.1. <i>Cyberbullying</i> na perspectiva do agressor	304
3.2. <i>Cyberbully</i> na perspectiva do ofendido	305
4. Medidas jurídicas e sociais para evitar ou diminuir o <i>cyberbully</i> entre as crianças e adolescentes	307
5. Considerações finais	312
6. Referências	313

Capítulo XI

A NATUREZA JURÍDICA DO ESCRAVO315

Raine Costa Gomes

1. Introdução	318
2. Natureza jurídica	319
3. Natureza jurídica penal do escravo	321
3.1. Das penas aplicadas	323
4. Natureza jurídica civil do escravo	327
4.1. Personalidade jurídica	328
5. Natureza jurídica constitucional do escravo	330
5.1. Constituição de 1824: características e inovações	331
5.2. Estatuto do liberto: aspectos eleitorais e políticos	333
6. Conclusão	335
7. Referências	337



Capítulo I

Considerações sobre o aumento do encarceramento feminino e o cometimento do crime de tráfico de drogas

Bianca Costa Neves

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.





Considerações sobre o aumento do encarceramento feminino e o cometimento do crime de tráfico de drogas

Resumo: Artigo destinado à análise do aumento do encarceramento feminino no Brasil, decorrente da prática de tráfico de drogas, pois, conforme pesquisa oficial do INFO-PEN Mulheres — Junho de 2014, no período de 2000 a 2014, houve um crescimento de 567,4% da população carcerária feminina, sendo que 68% dessas mulheres estão envolvidas com o tráfico de drogas. A partir disso, surge a necessidade de avaliar a tipificação do tráfico na atual Lei de Drogas brasileira e na Lei de Crimes Hediondos, bem como o encarceramento masculino decorrente desse tipo penal. Também se faz necessário analisar o perfil da mulher encarcerada, o estigma produzido como consequência desse encarceramento e a exposição de dados relativos ao aumento da população carcerária feminina. Diante disso, o artigo também aborda o regime especial de cumprimento de pena previsto no Código Penal e os direitos humanos e fundamentais das presas que são constantemente violados pelo Estado.

Palavras-chave: Aumento do encarceramento feminino. Encarceramento feminino. Tráfico de Drogas. Lei de Drogas.

Sumário: 1. Introdução — 2. O tráfico de drogas: 2.1. O tráfico de entorpecentes e o

encarceramento masculino; 2.2. Encarceramento feminino execução da pena e relações de genero; 2.3. Regime especial de cumprimento de pena para mulheres; 2.4. A violação dos direitos humanos e fundamentais no encarceramento por tráfico — 3. A análise da relação do aumento do encarceramento feminino com o tráfico de drogas — 4. Considerações finais — 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo faz um estudo sobre a relação entre o aumento do encarceramento feminino e o tráfico de drogas, diante da aplicação da Lei 11.343/2006, contextualizando a matéria com a proteção a direitos humanos e fundamentais da mulher.

É diante disso que o segundo capítulo, inicialmente, abordará o tipo penal de tráfico de entorpecentes, tratando suas características e o regramento jurídico dispensado pela Lei de Drogas nº 11.343/2006, bem como os regramentos suplementares trazidos pela Lei dos Crimes Hediondos.

É importante demonstrar o destaque que o tráfico de entorpecentes possui no contexto do encarceramento masculino, com base no relatório feito pela INFOPEN, para que posteriormente sejam analisadas as questões do encarceramento feminino, a condição de invisibilidade das mulheres nas instituições prisionais, o perfil das mulheres do cárcere, se elas praticam ou não mais crimes que os homens e o que leva à prática do delito.

Faz-se necessário analisar também os efeitos negativos desse aprisionamento, vez que muitas dessas



mulheres encarceradas deixam um lar e seus filhos do lado de fora.

Além disso, o capítulo demonstra o novo foco da seletividade das prisões brasileiras, uma vez que, apesar da previsão do Regime Especial de cumprimento de pena privativa de liberdade para as mulheres, os estabelecimentos prisionais se tornaram locais de constante violação de direitos fundamentais, de forma que saúde, educação, vínculo familiar, entre outros direitos previstos na Lei de Execução Penal e na Constituição, são deixados de lado.

O terceiro capítulo faz a análise dos dados relativos ao aumento do encarceramento feminino e o cometimento do crime de tráfico de drogas, trazendo à tona as principais questões desse crescimento.

2. O TRÁFICO DE DROGAS

A Lei de Drogas 11.343/2006 foi criada em 23 de Agosto de 2006 e revogou expressamente a Lei 6.368/76. Com isso o tráfico de drogas, atualmente, está tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e possui 18 tipos de condutas, quais sejam:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena — reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

A nova Lei aumentou a pena privativa de liberdade, bem como a pena de multa, negou liberdade provisória, violando o princípio do estado de inocência e ainda ampliou as causas de aumento de pena.

Entre a pena de reclusão de 5 anos e a de 15, mínimo e máximo penal, há uma zona cinzenta, como entende Salo de Carvalho, onde a tendência é de subsumir a prática de uma ação em uma das diversas condutas existentes no tipo penal, tudo isso em ocorrência do dogmatismo jurídico e da disseminação de um senso comum extremamente punitivo. (CARVALHO, 2007, p. 189)

Ocorre que, apesar da diversidade de condutas, cada uma lesiona o bem jurídico tutelado de forma diferente, mas o valor da pena aplicada é um só.

A partir disso é possível entender o caráter proibicionista da legislação brasileira, o que gera efeitos diferentes daqueles idealizados pelo Estado, pois, como afirma Ruth Maria Chittó Gauer (2008, p.98):

O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais. A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado frente às demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito.

A Lei de Drogas traz causa de diminuição de pena no §4º do art. 33, mas essa previsão não é suficiente para romper com a generalização feita pela própria lei, e a consequência disso é uma aplicação de penas semelhantes, vez que o juiz, muitas vezes, não consegue distinguir grandes e pequenos traficantes.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2009, p.22) afirma que “o crime de perigo abstrato é aquele que independe de prova dessa probabilidade de dano ao bem jurídico, pois é presumida pelo legislador na construção do tipo”.

Além disso, trata-se de crime de ação múltipla, logo, torna-se indiferente a prática de uma das ações previstas ou de muitas delas, pois, em qualquer dessas situações, o agente responderá pelo mesmo crime: tráfico de drogas.

Esse tipo penal é um crime comum, portanto, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, enquanto o sujeito passivo é a coletividade. Ocorre que há exceção, pois a conduta de “prescrever”, só pode ser praticada por um médico, o que configura crime próprio.

A tipificação do tráfico, nas leis brasileiras, é bastante ampla e, por isso, seu caráter é vago, abrangendo diversas condutas. Diante disso, vê-se que considerar o tráfico como uma categoria homogênea, acaba tornando simples a indústria das drogas, assim como a multiplicidade de sujeitos que atuam nela. (SICA, 2005, p.11)

E o problema da nova Lei de Drogas é justamente esse, porque diante das diversas modalidades de tráfico tipificadas pelo art. 33, há imputação da mesma medida. Ou seja, o artigo iguala uma variedade de pessoas, com culpabilidades distintas, e aplica a mesma pena, violando o art. 5, XLVI da Constituição Federal e o direito a uma pena proporcional.

Diante disso, Guilherme Nucci (2010, p. 359) afirma que foi um erro do legislador equiparar, em rela-



ção à punição, quem negocia a droga e enriquece ilícitamente, com aquele sujeito que passa a droga sem a intenção de obter lucro. Por isso, o tráfico de drogas deveria ser dividido em: com e sem intuito lucrativo.

Assim, é perceptível que o legislador foi atécnico ao redigir o art. 33, vez que a amplitude do artigo leva ao estabelecimento de penas injustas. Ele deveria ter separado em grupos as condutas que possuem mesmo grau de periculosidade e determinado uma pena para cada grupo específico.

A Constituição Federal equipara o tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos, com isso, ela prevê uma maior punitividade, de modo que não é possível o estabelecimento de fiança, graça, anistia ou indulto.

Percebe-se, portanto, que, apesar da Lei de Crimes Hediondos utilizar o critério da gravidade da lesão ou da reprovabilidade do fato, os crimes relacionados a entorpecentes são difíceis de serem comprovados e possuem baixa perceptividade, o que reforça mais ainda a necessidade da definição de critérios específicos. (CARVALHO, 2007, p. 184)

2.1. O tráfico de entorpecentes e o encarceramento masculino

Entre 2000 e 2014 o número de homens aprisionados aumentou 220%, esse crescimento no Brasil é contrário ao que vem acontecendo nos países que investiram em políticas públicas. (INFOPEN, 2014)

Além disso, o grau de escolaridade dos homens aprisionados é baixo, visto que 53% deles não concluíram o ensino fundamental e 5% são analfabetos. E os



estabelecimentos prisionais exclusivamente masculinos são maioria, representando 75% no Brasil, sendo 52% destinados à prisão provisória. (INFOPEN, 2014).

Diante disso, hoje, o sistema penitenciário brasileiro conta com uma população masculina de 542.401 presos, representando então 94% do total de detentos de todo o país. (INFOPEN, 2014).

Dentre eles, 51% são condenados a cumprir penas de até 8 anos, 25% cometeram crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, número consideravelmente menor se comparado às mulheres presas pelo mesmo crime. Mas, em relação a toda população carcerária, esse é de fato o crime de maior ocorrência, correspondendo a 27% dos registros. (INFOPEN, 2014).

2.2. Encarceramento feminino, execução da pena e relações de gênero

A construção da identidade de gênero é realizada desde criança e, a partir daí, já é estabelecida a parte da população selecionada pelo sistema penal. Isto é, segundo dados da INFOPEN Mulheres — Junho 2014, o perfil das mulheres encarceradas no Brasil são mulheres negras, solteiras e de baixa escolaridade, sendo que 50% delas têm entre 18 e 29 anos, em geral, elas têm filhos e exerciam trabalhos informais antes do aprisionamento (INFOPEN, 2014).

Antes de 2006, ano que foi criada a Nova Lei de Drogas, o Brasil tinha 12.925 mulheres presas, mas hoje a situação é diferente, pois com a nova lei o quadro é de 37.389 mulheres, dentro de uma população carcerária de 579.781 pessoas, o que representa 6,4%. (INFOPEN, 2014).

Em média, 68% delas estão envolvidas com o tráfico de drogas, poucas gerenciam organizações criminosas, a maioria delas ocupa posição coadjuvante no mercado das drogas. Elas se envolvem com o crime de diferentes formas, quando comparado aos homens aprisionados. (INFOPEN, 2014).

A condição da mulher na sociedade e a disseminação de um estereótipo de passividade e inferioridade explica a significativa diferença entre o número de homens e de mulheres no sistema prisional. (LIMA, 2007, p. 318).

Há então uma noção de mulher como vítima, diante da ideia de fragilidade. Assim, quando ela rompe esse estereótipo, o sistema penal a atinge com maior intensidade e José Nascimento (2003, p.70) chama isso de estigmatização quando diz que:

O delinquente é a pessoa a quem a lei aponta como alguém que agrediu, é aquele cuja imagem da conduta praticada coincide com aquilo que elaboram os autores da lei. São esses os meios de controle social, os responsáveis pelo etiquetamento da subcultura, sendo colocados no limite entre a pré-criminalidade ou estado delitual. Esse etiquetamento se transforma em estigma no momento em que o titular alça do plano social passando ao estado de delinquente, prostituta, homossexual. A estigmatização é o resultado negativo atribuído pelos grupos representantes do poder, que ao se aperceberem de um perigo, fazem diferenças entre delinquente e não-delinquente.

Em muitos casos, o encarceramento produz esse estigma, o qual pode gerar no apenado uma concepção de que ele é, realmente, “divergente” da sociedade

e assim, leva-lo a viver marginalmente. (HULSMAN; CELIS, 1993, p.69)

Quanto ao ingresso das mulheres no crime, se dá por diferentes fatores, muitas vezes ocorre em razão de sua relação com pessoas que já praticaram crimes e, diante disso, pode-se dizer que o aumento do encarceramento feminino tem vínculo direto com as relações estabelecidas na sociedade.

Outras vezes, se destacam a tentativa de entrar na prisão com drogas para levar ao companheiro ou familiar, a presença da mulher no mercado de trabalho e a necessidade de sustentar sua família.

Maria Rodriguez (2009, p. 176) entende que no tráfico há aquelas mulheres que praticam o crime com os homens e estão no momento da abordagem policial, e aquelas que são forçadas a praticar o crime, pelo homem que já está preso, a levar a droga para dentro da prisão.

Ocorre que as consequências jurídicas aplicáveis nesses casos deveriam ser distintas, porque quando a mulher é forçada a praticar um crime, configura-se constrangimento ilegal, não tráfico de drogas, e só o autor da coação que responderia pela prática do delito.

Esse desequilíbrio nas relações de gênero pode ser visto como uma forma de levar as mulheres para o crime. Pois é muito comum que os homens sejam os “chefes” do tráfico e tenham relações amorosas de forma que, a partir dessa ideia de romance, ocorra o transporte de drogas para o companheiro preso.

O sistema criminal reconhece essa possibilidade de introdução das mulheres no tráfico e demonstra



BIANCA COSTA NEVES

ter ciência das posições inferiores que elas ocupam na estrutura do tráfico, e mesmo assim acaba penalizando de maneira gravosa.

Ocorre que quando o controle penal atinge a população feminina ele é aplicado potencialmente, isso porque o Brasil ainda é uma sociedade composta por valores extremamente machistas, o que leva à necessidade de reflexão acerca dessa questão de gênero e dos possíveis efeitos decorrentes da penalização exacerbada sobre as mulheres.

Há efeitos diretos e indiretos que acabam marginalizando essas mulheres, pois surgem de modo a impedir que elas cumpram com o que a sociedade espera: o cuidado dos filhos e do lar. Ou seja, o resultado é uma dupla punição das mulheres, estas que estão longe de seus filhos e, ao mesmo tempo, estão sendo julgadas negativamente pela sociedade, como relata Rosalice Lopes (2004, p. 1):

As mulheres presas eram apresentadas como verdadeiras bruxas, espectros do feminino destruidor. Mulheres que haviam abandonado a condição passiva e receptiva e tinham literalmente desafiado e se contraposto à lei dos homens. Mães más que abandonando os filhos, à revelia, conseguiam estranhamente sobreviver à culpa. Elas são consideradas por muitos, mulheres abomináveis. Se não bastasse isso, são frequentes as informações de casos de assédio sexual por parte das mulheres homossexuais que, nas prisões, assumem um aspecto masculino estereotipado e agressivo.

Diante de todos os fatos apresentados, é perceptível que as mulheres aprisionadas no momento que são presas, tornam-se alvo de um sistema falido, pois



acabam sendo punidas injustamente não só pelo juiz, que não aplica penas alternativas à prisão, mas também pelo resto da sociedade que as estigmatizam de maneira ainda mais grave.

2.3. Regime especial de cumprimento de pena para as mulheres

O artigo 37 do Código Penal determina que as mulheres devem cumprir pena privativa de liberdade “em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal”.

Ocorre que a esse regime ainda não foi dada a importância que merece, pois, apesar de ser chamado de especial, pelo código, não existe nenhuma regalia e/ou privilégio para as mulheres encarceradas.

Além disso, a Cartilha da Mulher Presa também traz como direito que a segurança interna desses estabelecimentos prisionais seja feita somente por agentes femininas, mas isso não é cumprido pelo Estado. (CNJ, 2016, p.12)

Então, torna-se evidente que, apesar da previsão de um regime especial para o cumprimento de pena das mulheres e desse encarceramento feminino ter aspectos que necessitam de uma maior atenção, as mulheres aprisionadas são submetidas a situações degradantes e à constante violação de direitos.

2.4. A violação dos direitos humanos e fundamentais no encarceramento por tráfico

No Brasil, as instalações das unidades prisionais estão superlotadas e não possuem condições mínimas de ventilação, iluminação e higiene.

A partir daí, a falta de atenção com as necessidades das mulheres presas e a precariedade das instalações demonstram que, é muito comum que diversos direitos sejam constantemente violados. E isso ocorre mesmo diante de uma perspectiva nacional e internacional de proteção aos direitos humanos e sociais das presas.

A Lei de Execução Penal nº 7.210/84 garante direitos como saúde, educação, assistência social, para as mulheres grávidas prevê ainda reclusão em estabelecimento compatível. E determina no artigo 82, §1º que “a mulher será recolhida em estabelecimento próprio e adequado à sua condição”.

Ocorre que, apesar da legislação prever a separação dos estabelecimentos prisionais por gênero, apenas 7% das prisões são destinadas somente a mulheres, enquanto 17% são mistas no Brasil, o que quer dizer que o Estado não cumpre um de seus deveres. (INFOPEN, 2014)

Além disso, a LEP também traz no artigo 89 que a penitenciária terá uma seção para gestante e parturiente, bem como para creche, afim de garantir a assistência das crianças menores de 7 anos.

Nesse mesmo sentido, a Lei nº 13.257/2016 alterou artigos do Código de Processo Penal e ampliou ainda mais esse rol de direitos, principalmente trazendo a possibilidade da mulher solicitar substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar quando for gestante ou tiver filho de até 12 anos incompletos.

Mas, caso o juiz não conceda a prisão domiciliar, a Constituição Federal assegura, no art. 5, L, o direito da mulher de permanecer com seu filho duran-

te a amamentação, bem como o tratamento digno, o direito a não sofrer violência física ou moral e não ser submetido à tortura ou tratamento desumano. Além disso, é proibida toda forma de coação física ou psíquica, e é garantido o direito a ser chamada pelo nome. (CNJ, 2016, p.11)

Apesar da existência de diversos artigos na legislação brasileira que garantem os direitos da mulher encarcerada, o descaso e a negligência do Estado no cumprimento de seus deveres são latentes e ainda mais graves nas prisões femininas o que se torna perceptível, principalmente, na falta de estrutura das penitenciárias e na privação não apenas da liberdade das presas, mas também de suas necessidades básicas como saúde e maternidade, entre outras.

3. A ANÁLISE DA RELAÇÃO DO AUMENTO DO ENCARCERAMENTO FEMININO COM O TRÁFICO DE DROGAS

O Sistema Penitenciário brasileiro atualmente é composto por 579.781 pessoas custodiadas e, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, em um mês, os gastos com cada preso não é menor que R\$ 2,5 mil. Logo, o Estado não gasta menos de 30 mil reais por ano com apenas um presidiário. (LEWANDOWSKI, 2015, p.1).

E apesar desse contexto, a população carcerária feminina aumentou 567,4% de 2000 a 2014, isso quer dizer que cresceu de 5.601 detentas para 37.389 e hoje, segundo o CNJ, o Brasil representa a quinta maior população carcerária feminina do mundo (FERNANDES, 2015, p.1).

De acordo com dados do *Institute for Criminal Policy Research*, de 2000 a 2014, a população de ho-

mens aprisionados aumentou 20% ao redor do mundo, enquanto o número de mulheres aumentou 50% (MAPA DO ENCARCERAMENTO: OS JOVENS DO BRASIL, 2015).

Para o diretor-geral do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, Renato de Vitto, o aumento da população carcerária feminina é uma tendência e, em decorrência disso, é necessário colocar tal questão em evidência para que seja possível ter uma noção real da situação e assim, pensar em políticas públicas eficientes (FERNANDES, 2015, p.1).

É nesse mesmo sentido a visão do coordenador do DMF/CNJ, quando ele diz que:

Quando abordamos o sistema prisional, é necessário reconhecer que a mulher pertence a um dos grupos mais vulneráveis, em um segmento já vulnerável, que é a população carcerária. Esquecemos, muitas vezes, que sobre a mulher recai uma reprovação moral que vai muito além do crime que ela praticou, tornando a sanção muito mais pesada para ela do que para os homens. (FERNANDES, 2015, p.1)

Ainda ocorre o que Judith Butler chama de “abjeto”, que é aquele corpo que não se encaixa em nenhum gênero e, conseqüentemente, não tem humanidade. (BUTLER, 2016, p. 193-194)

Assim, a seletividade penal diz respeito a um punitivismo exacerbado que foca em partes da sociedade e em determinados crimes, como o tráfico de entorpecentes, de modo que para outros tipos de delitos e os sujeitos que os praticaram, a justiça é lenta.

Então o contexto do aumento da penalização das mulheres e o cometimento do tráfico de drogas se re-

laciona com as modificações, realizadas nos últimos anos, na política criminal.

Tais mudanças dizem respeito ao agravamento das penas de delitos que possuem maior grau de reprovabilidade, como o tráfico de drogas, e, por outro lado, a possibilidade de aplicação de medidas alternativas à prisão, como o cumprimento da medida de segurança pelos usuários em Hospitais de Custódia e Tratamento.

No entanto, diante do aumento das penas e das restrições para adquirir o benefício de um tratamento adequado, a consequência é um maior encarceramento feminino.

Além disso, quando se fala em tráfico de drogas, abrange-se um amplo rol de condutas, mas nem todas elas possuem o mesmo grau de reprovabilidade. Isto é, a reprovabilidade das mulheres que tentam transportar droga para dentro do presídio não é a mesma atribuída aos chefes do tráfico, e por isso não é adequada a aplicação da mesma pena.

Ocorre que existe ainda muita dificuldade dos juízes abrirem mão de se vincularem apenas à aplicação da lei penal e comecem a levar em conta a situação fática da prática do delito, os direitos fundamentais garantidos pela Constituição e os direitos humanos.

É perceptível então que de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como o preceito constitucional da individualização da pena prevista no artigo 5, XLVI da Constituição, pequenos traficantes deveriam cumprir penas diferentes da estabelecida pelo art. 33 da Lei 11.343/2006.

Isso porque é papel do juiz dosar individualmente a pena para cada caso e esse imperativo constitucio-



nal representa para o direito penal dizer que cada indivíduo é merecedor de uma pena justa, que é aquela proporcional e adequada para o indivíduo que cometeu o crime.

Assim, diante do erro do legislador ao atribuir a mesma pena para diversos tipos de condutas relacionadas ao tráfico de drogas e da ausência de aplicação adequada da dosimetria da pena, torna-se visível a ineficácia da justiça criminal, o que justifica o crescimento absurdo de mulheres encarceradas de 2000 a 2014.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode ser observado, o crescimento significativo do número de mulheres encarceradas no Brasil é preocupante, e o tráfico de drogas é o maior fator para esse acontecimento.

Ocorre que, como já foi dito, no momento em que o sistema penal atinge a mulher, a penalidade aplicada é ainda maior do que quando homens praticam crime, vez que a própria sociedade se encarrega de fazer o juízo de valor.

E a partir daí surge a necessidade da sociedade abrir mão dos valores machistas e patriarcais que ainda são disseminados, para que o Direito Penal deixe de ser um instrumento de potencial discriminatório e marginalizador, principalmente em relação às mulheres, e comece a cumprir suas verdadeiras funções, como a reinserção social.

Diante disso, estimular a participação da comunidade na ressocialização, deve ser um dos primeiros passos a ser dado pelo Estado, para logo depois come-

çar a criar programas de acompanhamento e orientação para os egressos.

Também é preciso que o juiz, no momento da dosimetria da pena, não se atenha apenas à legislação, pois o contexto fático do cometimento do crime deve ser levado em consideração, uma vez que, é tão importante quanto à aplicação normativa.

Diante de tudo isso, torna-se necessário também construir unidades prisionais, mas principalmente, adequá-las às necessidades femininas, de modo a extinguir os estabelecimentos mistos do país e acabar com o ambiente superlotado e de constante violação de direitos.

É importante fomentar o trabalho e a educação nos estabelecimentos prisionais femininos, e criar programas de prevenção às drogas, bem como de tratamento de dependentes dentro e fora da prisão.

O desafio para o Poder Judiciário é de incentivar a aplicação de formas alternativas para a punição das mulheres, para que a partir daí seja possível conquistar um sistema equitativo e justo, pelo qual se consiga reprimir o tráfico de entorpecentes e, ao mesmo tempo, reduzir o encarceramento feminino.

Por fim, é fundamental ter como base para a solução dos problemas a Carta de Brasília criada no Encontro Nacional sobre o Encarceramento Feminino em 2011.

Espera-se, com o presente artigo, que seja dada a visibilidade necessária à questão do excessivo aumento do encarceramento feminino diretamente ligado ao

tráfico de entorpecentes, a fim de conquistar uma justiça efetiva e produzir impacto nas práticas da justiça criminal e nas penitenciárias femininas do Brasil.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto-Lei Nº 2.848*, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 28 abril 2016.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional — Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias — INFOPEN Mulheres, Junho de 2014*. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/site/wp-content/uploads/2016/03/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 26 abr. 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 03 abr. 2016

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CARVALHO, Salo de. *A política Criminal de Drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CNJ. *Cartilha da Mulher Presa de 2012*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/publicacoes/cartilha_da_mulher_presa_1_portugues_4.pdf>. Acessado em 06 maio 2016.

CNJ. *Carta de Brasília*. Brasília: 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/carta_%20de_brasilia.pdf>. Acesso em 22 maio 2016.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O AUMENTO DO ENCARCERAMENTO FEMININO E O COMETIMENTO...

FERNANDES, Waleiska. *População carcerária feminina aumentou 567% em 15 anos no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80853-populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-brasil>>. Acesso em 03 maio 2016.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: Editora Universitária da PUCRS, 2008.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 1 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HASHIMOTO, Érica Akie. *Número de mulheres encarceradas cresceu nos últimos 5 anos*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/13838-Numero-de-mulheres-encarceradas-cresceu-nos-ultimos-5-anos>>. Acesso em 03 maio 2016.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema Penal em Questão*. Rio de Janeiro: Folha Carioca, 1993.

Lei 11.343 de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas — Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 23 de ago. de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 28 abr. 2016.

Lei 13.257 de 8 de Março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº

5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em 03 abr. 2016.

Lei 7.210 de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 10 maio 2016.

LEWANDOWSKI, Ricardo. *Por um sistema carcerário eficiente.* Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/05/1626694-ricardo-lewandowski-por-um-sistema-carcerario-eficiente.shtml>>. Acesso em 11 maio 2016.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. A mulher delinquente: algumas perguntas e algumas conclusões. In: JUNIOR, Miguel Reale; PASCHOAL, Janaína (Coords.). *Mulher e Direito Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Raquel da Cruz. *Mulheres e tráfico de drogas: Uma sentença tripla — Parte 1.* Disponível em: <<http://ittc.org.br/mulheres-e-traffic-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-i/>>. Acesso em 04 maio 2016.

LIMA, Raquel da Cruz. *Mulheres e tráfico de drogas: Uma sentença tripla — Parte 2.* Disponível em: <<http://ittc.org.br/mulheres-e-traffic-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-ii/>>. Acesso em 04 maio 2016.

LOPES, Rosalice. *Prisioneiras de uma mesma história: o amor materno atrás das grades.* 2004. 235p. Tese de Doutorado — Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MOREIRA, Gabriela Oliveira. *Tráfico por amor: da motivação para o delito à proporcionalidade na aplicação da pena.* 2012. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) — Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O AUMENTO DO ENCARCERAMENTO FEMININO E O COMETIMENTO...

- PIMENTA, Paulo. *A tragédia do encarceramento feminino*. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/colonistas/paulopimenta/205256/A-trag%C3%A9dia-do-encarceramento-feminino.htm>>. Acesso em 27 abr. 2016.
- PRADO, Daniel Nicory do. *Crítica ao Controle Pena das Drogas Ilícitas*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Encarceramento feminino cresce e sociedade paga caro por isso*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-22/limite-penal-encarceramento-feminino-cresce-sociedade-paga-carro-isso>>. Acesso em 04 maio 2016.
- Secretaria-Geral Da Presidência Da República e Secretaria Nacional de Juventude. *Mapa do Encarceramento: os jovens no Brasil*, 2015. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf>. Acesso em 21 maio 2016.
- SPOSATO, Karyna Batista. Mulher e Cárcere — Uma perspectiva Criminológica. In: JUNIOR, Miguel Reale; PASCHOAL, Janaína (Coords.). *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 251-266.
- WOLFF, Maria Palma; MORAES, Márcia Elayne Berbich de. Mulheres e Tráfico de Drogas — Uma perspectiva de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 87, 2010, p.429-447.
- ZACCONE, Orlando D'elia Filho. *Acionistas do Nada*. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAAnvsAH/acionistas-nada>>. Acesso em 27 abr. 2016.





Capítulo II

Repensando a vulnerabilidade do interditando

Elis Costa Menezes

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de
Direito e Gestão. Bacharel em Direito pela Faculdade Baiana de
Direito e Gestão. Advogada.





Repensando a vulnerabilidade do interditando

Resumo: Imersos no contexto social e no campo de tutela do direito, identificam-se diferentes grupos de pessoas que se encontram em estado de vulnerabilidade. Desse universo, o presente artigo tem a intenção de chamar atenção para a figura do interditando, sujeito passivo de um procedimento de interdição e também vulnerável. Pretende-se com o estudo traçar algumas linhas sobre sua “vulnerabilidade”; sobre o desencadeamento do procedimento da interdição; e sobre as dificuldades que podem ser identificadas, durante o trâmite interdatório, para garantir uma curatela na medida justa. Toda a análise será realizada em conformidade com os recentes diplomas legais sancionados no ano de 2015, notadamente o Novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que, com suas mudanças, trouxeram para a interdição e a necessidade de visualizar o interditando enquanto o verdadeiro protagonista de todo o procedimento judicial.

Palavras-chave: Vulnerabilidade. Interdição. Interditando. Curatela. Dignidade humana.

Sumário: 1. Introdução — 2. Considerações sobre vulnerabilidade — 3. Quem é o interditando? — 4. Algumas dificuldades

enfrentadas pelo interditando no velho regime jurídico da interdição — 5. O procedimento de interdição: 5.1. Legitimidade para propositura e a petição inicial; 5.2. A entrevista e a impugnação do interdito; 5.3. O laudo pericial e a segunda audiência — 6. Os diplomas legais sancionados em 2015 e as mudanças positivas para o interditando — 7. Conclusão — 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Seria extremamente penoso catalogar todos os ramos ou grupos que hoje se encontram em estado de vulnerabilidade; sobretudo no Brasil, país em que as desigualdades marcam o processo de formação e desenvolvimento civilizatórios. É nesse amplo universo de desequilíbrio que se insere a figura do interditando, enquanto sujeito que possivelmente terá a liberdade de atuação social retirada de sua esfera de direitos.

Nesses termos, a necessidade de se reconhecer tanto a vulnerabilidade de sua posição dentro de um procedimento interditário, quanto o dever de respeitar a singularidade de sua incapacidade, sem padronizações, se tornam *conditio sine qua non* para que as limitações a serem impostas se restrinjam ao indispensável. Dessa maneira, não se perderá de vista que a finalidade da interdição é a preservação do máximo de sua independência, fugindo-se do reducionismo de simplesmente dele retirar a dignidade de sua vida.

Inspiradas nessa missão, as inovações legislativas trazidas no Código de Processo Civil de 2015 (NCPC) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD, Lei n. 13.146/2015) buscaram mudar paradigmas até en-

tão predominantes. Por isso, serão os seus dispositivos e repercussões legislativas, executivas e jurisprudenciais o foro adequado para se encontrar a justa medida para o procedimento em estudo: é ele o *locus* destinado à identificação do grau de vulnerabilidade do interditando e da extensão do dever do curador, caso a necessidade desta proteção se apresente.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE VULNERABILIDADE

Tem-se que o termo vulnerabilidade, de origem latina, *vulnus (eris)*, significa ferida, ou melhor: a susceptibilidade de o sujeito ser ferido. Desse sentido originário, diferentes especificações derivam. Por exemplo, no ramo da bioética se promove eticidade na ação do sujeito autônomo em face de sujeitos vulneráveis¹.

O observador tende a não reconhecer em si essa mesma condição, mas “a consciência da vulnerabilidade do agente autônomo é importante para se entender melhor o próprio exercício da autonomia”². A fragilidade está em todos, por isso a convivência comunitária limitará o agir e trará o olhar do observador de volta para si³. “Enxergar o outro ou a si próprio, no espelho, é localizar as diferenças, identificar elementos de ‘igualdade’ e ‘desigualdade’ (*‘vulnus’*, feridas ou fragilidade) no espaço e no tempo”⁴.

-
- 1 ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista Brasileira de Bioética (RBB)*, vol. 2, n. 2, 2006, p. 174.
 - 2 *Idem. Ibidem.*
 - 3 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.
 - 4 *Idem. Ibidem*, p. 112.

Assim, entende-se que há dois níveis de proteção dos mais fracos no direito privado brasileiro: o primeiro combate a discriminação dos diferentes (protegendo-os especificamente), o que levou à evolução da atuação do princípio da igualdade, evidenciando que a proteção exige o tratamento diferenciado de uma vulnerabilidade⁵.

Já, no segundo nível, o respeito às diferenças fornecerá proteção, ao garantir condições de acesso, convivência, e desenvolvimento das capacidades e possibilidades de atuação. Assim ocorre hoje, ao menos normativamente, com os sujeitos idosos, analfabetos ou com necessidades especiais⁶:

A tarefa de conciliar este ideal de proteção, que reconheça a diferença e a vulnerabilidade e combata a discriminação negativa, sem exclusão social, é sem dúvida difícil, mas a evolução do direito privado brasileiro desde a edição da Constituição Federal de 1988 nos anima⁷.

A vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, estado esse de inerente risco. Não fundamenta as regras de proteção do mais fraco, as “explica”; torna as normas reequilibradoras; é a técnica ou instrumento que guia a atuação do legislador e a aplicação pelo operador do Direito. Os fundamentos em verdade são a igualdade e a justiça equitativa⁸. A partir de 1988, o sistema jurídico brasileiro se voltou para a dignidade

5 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 115.

6 *Idem. Ibidem.*

7 *Idem. Ibidem*, p. 116.

8 *Idem. Ibidem*, p. 120.

da pessoa humana, e “a pessoa digna deve ser não só pessoa livre, mas acima de tudo, pessoa igual, formal e materialmente”⁹.

Estes aspetos materiais da vulnerabilidade se manifestam também processualmente, como se vê na ação de interdição, cujas normas são heterotópicas¹⁰, eis que presentes na codificação material (Código Civil — CC), e na processual (Código Processo Civil de 2015 — NCPC).

O fato de o litigante estar propenso à impossibilidade de praticar atos processuais devido a uma limitação pessoal involuntária, decorrente, por exemplo, de “fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional, de caráter permanente ou provisório”¹¹, é a manifestação de sua vulnerabilidade processual, impedindo-os de se desincumbirem, a contento, de seus encargos processuais, tais como os probatórios.

Tais constatações provocaram mudanças no reconhecimento da vulnerabilidade das pessoas com deficiências¹². Se antes a proteção se restringia à declaração de incapacidade absoluta do indivíduo e à nomeação de curador para representar aqueles que

9 *Idem. Ibidem*, p. 130.

10 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o direito processual. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Org.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 92.

11 TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 184.

12 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.174.

não tinham discernimento mental¹³, hoje se caminha para conferir dignidade ao procedimento interditório e à figura do interditando.

3. QUEM É O INTERDITANDO?

É o sujeito que ocupa o polo passivo de um processo de interdição, através do qual se pretende verificar a necessidade de instituir-lhe curador para auxiliá-lo a gerir alguns aspectos da sua vida, para os quais não é mais capaz de administrar sozinho. Assim, curatela é a consequência da procedência do pedido constante no procedimento de interdição¹⁴.

Existe uma separação entre a capacidade de direito (jurídica, de gozo) e a capacidade de fato (de exercício): a primeira seria uma condição estática; a segunda a efetiva prática de direitos¹⁵, a manifestação “livre e consciente” da vontade do indivíduo para gerir o que desejar¹⁶, “instrumento de realização da autonomia privada”¹⁷. Capacidade de exercício, então, é a “idoneidade reconhecida pela ordem jurídica” para exercer direitos e obrigações contraídas por meio da capacidade de gozo, é a capacidade para assim fazer sem a necessidade de terceiro que represente ou manifeste sua vontade¹⁸.

13 *Idem. Ibidem.*

14 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5, p.697.

15 ABREU, Célia Barbosa. *Curatela & interdição civil*. 2 ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 37.

16 TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 13.

17 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 5-32, jan./mar. 2008, p. 6.

18 ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1997, v. 1, p. 31.

“Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (art. 1º, do CC). Declara o legislador que todas as pessoas (naturais ou jurídicas) possuem capacidade jurídica, ao contrário da capacidade de fato, que pode faltar¹⁹. Composta do discernimento, da inteligência e de vontade própria, a plena capacidade de fato pode, pela diminuição de algum destes fatores, não existir²⁰ e o regime das incapacidades regulará as restrições àqueles que não podem atuar por si só²¹: a lei civil enumerou, taxativamente, pessoas cuja capacidade de exercício será restringida²², oferecendo-lhes tratamento jurídico protetivo, adequado ao seu grau de capacidade²³. O objetivo é resguardar-lhes o patrimônio²⁴, sem desrespeitar suas particularidades humanas.

O CC define como absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezessex) anos, e, como relativamente incapazes: os maiores de 16 (dezessex) anos e menores de 18 (dezoito); os ébrios habituais; os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; o pródigo (artigos 3º e

19 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 281.

20 *Idem. Ibidem*, p. 281.

21 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 5-32, jan./mar. 2008, p. 7.

22 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 40.

23 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1, p. 233.

24 TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *A parte geral do novo Código Civil*: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14-15.

4º, já com a modificação trazida pelo EPD). Qualquer situação fora deste rol não configura incapacidade — o idoso e o portador de transtornos mentais, exemplificando, não são, *de per se*, incapazes²⁵; porém, podem ser submetidos à curatela, se à idade ou patologia somar-se alguma das situações listadas na norma²⁶ (artigo 1.767 do CC, com a redação dada pelo EPD).

Já o NCPC, ao tratar da interdição, revogou dispositivos do CC alterados pelo EPD, lei posterior, mas de vigência anterior à nova lei processual — forçosa então a compatibilização intertemporal dessas leis. Para tanto, fundamental será lembrar que os dois diplomas devem dialogar e se completar, pois fazem parte de um único sistema, cuja finalidade é proteger a dignidade da pessoa com deficiência²⁷.

Desse modo, a curatela é meio destinado à proteção do incapaz maior²⁸ que “surge como poder assistencial do incapaz, completando-lhe a vontade ou substituindo-se a ela; sua função é o suprimento do

25 GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual do direito dos idosos*: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 11.

26 REQUIÃO, Mauricio. Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades. *Consultor Jurídico*, 20 jul. 2015c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

27 DIDIER JR., Fredie. Estatuto da pessoa com deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. **Fredie Didier Jr.**, Seção Editorial, Editorial n. 187, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

28 WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil*: direito de família. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 354.



consentimento que falta presumivelmente em razão de defeito de vontade”²⁹.

Este artigo fará a distinção entre duas situações, dando visibilidade à segunda: de um lado, aquele cuja incapacidade e necessidade de curatela já foi reconhecida — vulnerabilidade inequívoca; de outro, aquele que é vulnerável por ser parte passiva de procedimento de interdição ainda em curso — ou seja, o suposto incapaz.

4. ALGUMAS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELO INTERDITANDO NO VELHO REGIME JURÍDICO DA INTERDIÇÃO

O CPC/1973 trazia Capítulo específico dedicado à curatela dos interditos (artigos 1.177 e seguintes). Porém, aquelas regras careciam de atenção à dignidade do interditando no curso do processo, tendo em vista que a curatela é medida drástica e excepcional — já que a capacidade é regra e a incapacidade exceção — a prevalecer apenas diante de prova cabal³⁰. Logo, as falhas do velho regime começavam desde o primeiro contato do juiz com o interdito.

Outras questões se somavam: o laudo pericial era elaborado por um único profissional, o que conduzia o magistrado a decretar, na maior parte das vezes, a curatela de forma total; o rol dos legitimados ativos

29 SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A interdição no direito brasileiro*: doutrina, jurisprudência, prática, legislação. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 7.

30 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6, p. 885.

para a promoção do processo de interdição era limitado, prevendo somente o pai, mãe ou tutor; o cônjuge ou algum parente próprio e o Ministério Público, em rol taxativo; o prazo para a formulação da defesa do interditando era excessivamente curto (5 dias); o interrogatório do interditando tinha por finalidade atribuir a quem não possui capacidade técnica para tanto (o juiz) a avaliação do estado mental do interrogado, através de perguntas como nome e data de nascimento, nome dos pais, se frequentou instituição de ensino, se tem irmãos, se já trabalhou, se já esteve internado em hospital, se tem filhos, se é casado, se toma remédios, se sabe o dia é aquele, com quem reside... Ou seja, “o máximo que o juiz pode conseguir, pela inspeção pessoal, será uma suposição, imprevisão ou desconfiança”³¹, da necessidade de auxílio de um curador e para quais atos da vida civil, pois o estado mental de um sujeito é questão técnica, difícil até para profissionais, não sendo razoável que fosse avaliada nesses parâmetros.

Embora a previsão no CC/2002 se referisse à limitação da curatela (se total ou parcial), a prática, de tão rara, motivou o Enunciado 574 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772)”³², lembrando

31 CASTRO FILHO, José Olympio. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 1.103 a 1.220. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 10, p. 280.

32 BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil*. Publicado em 5 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-fe>>

que existem diferentes graus e tipos de transtornos mentais. Para Pietro Perlingieri:

[...] É preciso, ao contrário, privilegiar sempre que for possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma “morte civil”³³.

A limitação da curatela se funda na verificação do nível de consciência do interditando, que não pode ser simplesmente guiado por um curador, tolhido de qualquer influência em assuntos que repercutirão na sua liberdade e na própria vida. Por isso, as modificações legislativas buscaram garantir que as escolhas do interditando (as afetivas em especial) possam ser atendidas, na “perspectiva de sua integridade psíquica”³⁴.

A realidade vivida no contexto anterior ao NCPC era, em muito, consequência da permissão de que o laudo médico fosse elaborado por um único perito (o médico psiquiatra), nomeado pelo juízo, quando a extensão da patologia e seus reflexos requerem o parecer de mais de um profissional da área de saúde ou das ciências sociais. Em sendo o juiz um leigo no assunto, naturalmente baseará sua decisão neste documento pericial, essencialmente incompleto.

deral/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf/view>. Acesso em: 4 abr. 2016.

33 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.

34 ABREU, Célia Barbosa. A flexibilização da curatela: uma interpretação constitucional do art. 1.772 do Código Civil Brasileiro. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 37, p. 3-16, jan./mar. 2009, p. 7.

Esse quadro levou a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados a realizar, em 2005, Audiência Pública para discutir vários aspectos sobre a Interdição Judicial no Brasil. A iniciativa decorreu do alto número de pessoas interditadas por familiares, a indicar que um instituto excepcional em essência estava se tornando ordinário³⁵, indo com isso de encontro aos fins da Reforma Psiquiátrica, movimento em pleno andamento e que visa à ressocialização das pessoas, sem excluí-las totalmente da sociedade. A questão também entrou na pauta do Judiciário, da Medicina, da Assistência Social e da sociedade como um todo, ratificando a necessidade do trabalho conjunto para a escolha do caminho mais adequado à interdição de uma pessoa.

Para Marcus Vinícius de Oliveira Silva, Vice-presidente do Conselho Federal de Psicologia à época, o porquê de que poucas sentenças reconhecerem interdições parciais

É uma questão curiosa. Por que não existe? Porque interdição parcial dá trabalho analítico. Para se fornecer uma interdição parcial, tem de ser feita uma análise de cada caso, e as interdições estão sendo concedidas com base em análises feitas apressadamente, na linha de produção da interdição, na bana-

35 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. *A banalização da interdição judicial no Brasil*: relatórios. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007. Audiência pública e Seminário Nacional realizados pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias em parceria com o Conselho Federal de Psicologia, no ano de 2005, com o objetivo de debater sobre o tratamento que a sociedade e o governo dispensam aos portadores de sofrimento mental no Brasil. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1750>>. Acesso em: 4 abr. 2016.



REPENSANDO A VULNERABILIDADE DO INTERDITANDO

lização, na fulanização, na naturalização da interdição. É preciso intervir nesse processo³⁶.

Não pensando no esforço dos profissionais em elaborar um laudo analítico, mas sim no comprometimento com o interditando, tem-se que um laudo pericial interdisciplinar confere parâmetros ampliados de avaliação, e segurança na delimitação da interdição. Assim o juiz perde o receio de “proteger de menos”, e escapa da tentação de restringir demais, por “cautela”.

5. O PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO

As consequências da procedência de um pedido de interdição na vida das partes exigem um procedimento detalhado e que garanta a dignidade do interditando. Principalmente no momento probatório, alicerce para a decisão final do processo³⁷.

5.1. Legitimidade para propositura e a petição inicial

Estão taxativamente listados no artigo 747 do NCPC. Apenas eles poderão provocar o judiciário, não podendo a ação começar por iniciativa do juiz (vedação criticada por alguns³⁸). Neste rol, incluem-se, além dos parentes, o cônjuge e o companheiro, em razão do dever de assistência recíproca, a levar cada um a vivenciar as consequências da perda de capacidade do outro³⁹.

36 Ibidem, p. 144.

37 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, ordinário e sumário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2, tomo 1, p. 269.

38 GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 111.

39 MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 380.

Já, o elenco de candidatos a curador, com o dos legitimados, não se confundem⁴⁰, estando previsto em artigo distinto do CC (artigo 1.775). O tutor, entretanto, é legitimado ativo da interdição — lembra-se que a tutela é espécie de assistência destinada aos menores não submetidos ao poder familiar, seja porque órfão, seja em razão da destituição dos pais⁴¹. Como o tutor nem sempre será um parente do menor, mas alguém mais próximo e responsável pelo incapaz⁴², andou bem o legislador ao repetir no NCPC sua legitimação, quando o tutelado atingir a maioridade civil ou, no caso de órfão, a partir dos dezesseis anos⁴³, impedindo que, a partir de então, o antes tutor não pudesse continuar zelando por seu protegido.

Por fim, não se repetiu o texto do artigo 1.177, II, do CPC/1973⁴⁴ e, por isso, a retirada dos termos *parente* e *algum*, permite que qualquer parente em linha reta, independentemente do grau, ou em linha colateral até o quarto grau, e inclusive por adoção ou afinidade⁴⁵ seja chamado à curatela.

40 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 689.

41 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 5, p. 561.

42 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, v. 40, n. 239, p. 453-465, jan. 2015., p. 454.

43 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 3, p. 400.

44 Art. 1.177, CPC/1973: A interdição pode ser promovida: II — pelo cônjuge ou algum parente próximo.

45 MACHADO, Francisco Roberto. Da curatela dos interditos no novo código civil. *Revista dialética de direito processual (RDDP)*, São Paulo, n. 12, p. 21-47, mar. 2004, p. 30.

Inovando, o NCPC legitimou o representante de entidade em que se encontra abrigado o interditando, importando a experiência de outros Estados, a exemplo de Los Angeles — EUA⁴⁶. Trata-se de saída eficaz quando o indivíduo foi abandonado pela família ou sequer a possui, tendo criado laços afetivos dentro dessas instituições.

Na falta de todos os legitimados citados, ou na ausência do exercício desta prerrogativa por todos eles, o Ministério Público (MP) proporá a ação de interdição. Também agirá no caso de incapacidade dos parentes, do tutor, e do cônjuge ou companheiro. Contudo, estas hipóteses dependem da existência de doença mental grave (artigo 748 do NCPC). É dizer, o transtorno mental grave hoje é a única hipótese de atuação do MP⁴⁷ enquanto autor do procedimento. Aqui, porém, é preciso que se faça uma interpretação conforme a previsão trazida com o EPD, que não observou a revogação do artigo 1.769 do CC pelo NCPC e lhe conferiu nova redação, devendo por isso prevalecer, revogando tacitamente as regras do NCPC neste ponto⁴⁸.

Além desses legitimados, debatia-se a possibilidade de o incapaz promover sua interdição, pois há previsão da Lei que dispõe sobre a proteção e os di-

46 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, v. 40, n. 239, p. 453-465, jan. 2015, p. 455.

47 *Idem. Ibidem.*

48 DIDIER JR., Fredie. Estatuto da pessoa com deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. *Fredie Didier*, Seção Editorial, Editorial n. 187, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

reitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental, (Lei n. 10.216/2001)⁴⁹, interpretando-se extensivamente a possibilidade de internação voluntária também na interdição⁵⁰. Entretanto, faltava previsão legal expressa que respaldasse tal entendimento, além de só haver o próprio autor como parte do processo⁵¹. Porém, o EPD alterou o art. 1.768 do CC (que havia sido revogado pelo NCPC) fazendo constar a previsão de que a própria pessoa pode promover sua interdição, e agora a previsão legal existe, pois não há como se entender que o NCPC revogou previsão até então inexistente⁵².

A peça inicial da interdição comprovará a legitimidade para sua propositura, e pedirá a decretação da incapacidade do requerido, bem como a constituição de curatela. O estado de incapacidade será a causa de pedir⁵³, a ser comprovada ao longo do processo. Os requisitos da petição serão os mesmos dos artigos 319 e 320 do NCPC⁵⁴, além de outros, específicos, previstos para a interdição.

49 Está previsto no artigo 6º da referida Lei que: “A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I — internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário”.

50 REQUIÃO, Maurício. *Locus citatum*.

51 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 3, p. 551.

52 DIDIER JR., Fredie. *Opus citatum*.

53 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Aspectos da ação de interdição. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 62, p. 15-28, maio 2008, p. 16.

54 GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 112.

O autor especificará os fatos que evidenciam a ausência de capacidade do interditando “para a prática de atos da vida civil” — expressão ampla e que demanda a maior especificidade possível (incluindo o momento em que a incapacidade se revelou⁵⁵, sob pena de impossibilidade⁵⁶ do pleito). Para isso, deverá ser anexado laudo médico justificante das alegações, ou informe acerca da inviabilidade de juntá-lo⁵⁷, pois é ele documento mínimo de respaldo à pretensão de interdição⁵⁸, devendo compor os autos *ab initio*. A justificação da ausência do laudo, serve à análise, pelo magistrado, da justiça do motivo da falta, de modo que sem justificativa a ação não poderá seguir.

Se o pedido de curatela for fundado na urgência de sua instituição, a fundamentação adequada legitimará a nomeação um curador provisório para a prática de alguns atos⁵⁹. Nesse caso, o juiz deverá especificar ao máximo a extensão e poderes do curador, para

55 Art. 749, CPC/2015: “Incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou.”

56 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, v. 40, n. 239, p. 453-465, jan. 2015, p. 456.

57 É a dicção do art. 750: “O requerente deverá juntar laudo médico para fazer prova de suas alegações ou informar a impossibilidade de fazê-lo.”

58 É a lição básica da regra do ônus da prova, prevista agora no artigo 373 do CPC/2015: “O ônus da prova incumbe: I — ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II — ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

59 Parágrafo único do art. 749: “Justificada a urgência, o juiz pode nomear curador provisório ao interditando para a prática de determinados atos.”

prevenir possíveis prejuízos patrimoniais e pessoais ao interditando⁶⁰.

Nada impede que o magistrado entreviste a parte interditada antes da nomeação. A nomeação do curador provisório tem como objetivo o exercício de uma administração provisória dos bens do interditando — ou seja, “não se trata assim, de ‘interdição provisória’”. Não há como, provisoriamente, alterar o estado das pessoas. A interdição somente ocorrerá se e quando for proferida sentença acolhendo o pedido formulado pelo autor⁶¹”. O requerimento de urgência poderá ainda incluir pedido de internação do interditando em algum “estabelecimento adequado”⁶² (artigo 1.777 do CC).

Ausentes alguns dos requisitos da peça de ingresso, capaz de prejudicar a análise do processo, o juiz chamará o autor para que regularize a inicial. Despachada a petição inicial, o interditando será citado para comparecer em juízo, em dia e horário marcados.

5.2. A entrevista e a impugnação do interdito

Este é o momento mais importante da ação de interdição; é o contato inicial que o juiz terá com a parte interditada, para lhe fazer alguns questionamentos e extrair as suas primeiras impressões. Outros meios de prova também serão necessários para a formação do convencimento do sentenciante, e é direito das partes envolvidas produzi-los⁶³. Contudo a

60 REQUIÃO, Maurício. *Locus citatum*.

61 YOSHIKAWA, *Opus citatum*, p. 23.

62 GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 112.

63 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Aspectos da ação de interdição. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 62, p. 15-28, maio 2008, p. 24.

entrevista — antes denominada “interrogatório” — é imprescindível para a interdição, e sua não realização acarretará na nulidade do processo⁶⁴.

O magistrado realizará perguntas à parte, para conhecê-la e cotejá-la com as alegações da peça inicial. Impossibilitada a parte de comparecer em juízo, o magistrado irá até onde ela esteja, seja em seu domicílio, seja em um hospital, seja em casa de saúde⁶⁵. Assim, ainda que a entrevista se faça necessária e que sua ausência anule o processo⁶⁶, não se admite a con-

64 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 694.

65 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo XVI, arts. 1.103 a 1.210. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 308. Também se coaduna com isso a previsão do parágrafo primeiro do artigo 751 do CPC/2015: “Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver”.

66 Cumpre informar que o entendimento de que a ausência dessa fase é capaz de gerar a nulidade de todo o processo de interdição não é unânime. Discorda, por exemplo, Alcides de Mendonça Lima (em *Comentários ao código de processo civil*: arts. 1.103 a 1.210. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. 12, p.451), ao afirmar que de qualquer maneira, seja pela impossibilidade de realizar a entrevista, seja pela decisão de não realização pelo próprio juiz, a ausência do interrogatório pode ser suprido pelo laudo pericial (científico), não gerando com isso maiores prejuízos. Respeitada a opinião e reconhecendo que, ainda que aparentemente a economia processual pudesse induzir a tal posicionamento, não é o que se defende aqui. Não se pode cogitar a dispensa de nenhuma etapa do procedimento tendo em vista que se trata de processo cuja decisão interferirá na vida, autonomia, desejos, e tantos outros direitos fundamentais constitucionalmente resguardados de um sujeito, daí porque não ser admissível a validade da decisão proferida nos autos de um processo deficiente. Corroborar nesse sentido, o seguinte julgado: APELAÇÃO CÍVEL. INTERDIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO E PERÍCIA MÉDICA. NULIDADE. OCORRÊNCIA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. A interdição, medida drástica, só pode ser admitida quando comprovada inequivocamente a incapacidade para os atos da vida civil do interditando,

dução coercitiva do interditando para a realização das perguntas em juízo, como já se pensou⁶⁷ há algum tempo. Nesse esboço:

Em casos extremos, quando o interditando se recusa a comparecer à audiência, pode o juiz interrogá-lo em sua residência, ou onde ele se encontrar. Não é em nada aconselhável que se obrigue o interditando a se deslocar até a sede do juízo, até porque o uso da força certamente comprometerá a espontaneidade que se espera tenham as respostas dadas ao juiz⁶⁸.

O ideal era ter privilegiado a entrevista fora do ambiente do judiciário, em razão da formalidade e intimidação que ele oferece⁶⁹. Se em litígios corriqueiros o espaço físico dos tribunais, assim como “juizes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho”⁷⁰, na ação de interdição, esse aspecto se amplifica, ao se discutir o ser humano e sua autonomia.

de forma que necessária a realização de interrogatório (art. 1181 do CPC) e de perícia psiquiátrica (art. 1.183 do CPC e art. 1.771 do CC), que não pode ser substituída por mero atestado médico. Desconstituição da sentença, para regular processamento ao feito. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. (TJ-RS, AC: 70058874504 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 22/05/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/05/2014).

- 67 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 430.
- 68 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. (Org.) *Curso avançado de processo civil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 3, p. 277.
- 69 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, v. 40, n. 239, p. 453-465, jan. 2015, p. 458.
- 70 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 24.

Observa-se o quadro comparativo entre o antigo CPC e o atual:

Artigo 1.181 CPC/1973	Artigo 751 CPC/2015
<p>O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o examinará, interrogando-o minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens e do mais que lhe parecer necessário para ajuizar do seu estado mental, reduzidas a auto as perguntas e respostas.</p>	<p>O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas.</p>

*Quadro elaborado pela autora.

Percebe-se, primeiramente, o uso da “entrevista” no lugar de “interrogatório”; em seguida, a mudança no conteúdo das perguntas ao interditando; o objetivo da entrevista é expressamente posto; por fim, antes se falava em *examinar*, entretanto, como o contato do julgador com a parte, não é propriamente a redação se mostrou mais técnica. Dizia Pontes de Miranda que o “exame” prévio não era uma perícia das condições mentais da pessoa, mas um instrumento de avaliação da petição inicial, antes da prova pericial, capaz de evidenciar fraudes no processo⁷¹. Por isso afirma-se, ainda hoje, que para indeferir o pedido de interdição, a perícia médica — fase posterior à entrevista — não

71 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: tomo XVI, arts. 1.103 a 1.210. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 308.

é requisito, mas o mesmo não pode ser dito para decretar a interdição.

O legislador, ao substituir o vocábulo interrogatório pela entrevista, parece aproximar o interditando do julgador. A entrevista sugere maior informalidade, transmitindo conforto ao interditando, que se sentirá à vontade para responder às perguntas. Os tribunais devem adaptar suas instalações físicas, reservando salas apropriadas à entrevista, equipadas com um mínimo de tecnologia que auxiliem a compreensão do demandado. O magistrado deve se posicionar ao seu lado, não em local que lhe atribua imagem autoritária, podendo entrevistá-lo sem a presença de mais ninguém, evitando constrangimentos⁷² — tudo para efetivar o disposto no NCPC (artigo 751, §3º).

Também nessa mesma linha de se garantir para as pessoas com deficiência o amplo acesso à justiça, o art. 79 do EDP, prevê que o poder público deve garantir “sempre que requeridos, adaptações e recursos de tecnologia assistiva”.

Na entrevista, além de aspectos patrimoniais de sua vida, como sempre foi feito, o magistrado agora deve também investigar as vontades, preferências, laços familiares e afetivos do interditando, incluindo qualquer assunto que entender pertinente. *A priori*, essa previsão pode até parecer simplória, mas evidencia o influxo da Constituição Federal de 1988, pauta-

72 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. (Org.) *Curso avançado de processo civil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 3, p. 277.

da na dignidade humana⁷³ e preocupada com aspectos existenciais do indivíduo.

Em reforço, inovou o NCPC ao permitir que o juiz requisite a presença de parentes e pessoas próximas para serem ouvidas no momento da entrevista, que também poderá ser acompanhada por especialistas que auxiliem o magistrado, tanto nas perguntas, quanto nas respostas⁷⁴. O acompanhamento dos peritos não faz da inspeção judicial uma prova pericial⁷⁵, cujo momento processual é posterior. Não se pode deixar de vista que a assistência por equipe multidisciplinar deve ser interpretada em harmonia com o EPD, que alterou o artigo 1.771 do CC, impediu sua revogação pelo NCPC, e impôs a presença da equipe de profissionais diversificados no momento da entrevista⁷⁶.

Como dito, o NCPC esclareceu o objetivo da realização da entrevista: mecanismo de convencimento do juiz acerca da capacidade do interditando, e não de seu estado mental. A entrevista é apenas o primeiro contato do juiz com a parte, não o último, não devendo o magistrado decidir de logo, nas suas primeiras

73 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 5, p. 62-63.

74 Confere o artigo 751 da Lei n.13.105, de 2015, parágrafos 2º e 4º. Veja-se: “§ 2º A entrevista poderá ser acompanhada por especialista; § 4º A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas”.

75 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 232.

76 DIDIER JR., Fredie. Estatuto da pessoa com deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. *Fredie Didier*, Seção Editorial, Editorial n. 187, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

impressões. É preciso a perícia técnica e a realização da segunda audiência, asseguradora do contraditório.

As perguntas e respostas devem ser reduzidas a termo, de forma fiel, sem interpretações, aditamentos ou edição, garantindo com isso a neutralidade dos envolvidos nos momentos seguintes do procedimento.

Em seguida, começará a correr o prazo para a impugnação do pedido de interdição. O NCPC triplicou o prazo, agora de 15 (quinze) dias úteis⁷⁷. Se o interditando não constituir advogado para impugnar o pedido, o juiz nomeará curador especial, e qualquer parente sucessível, cônjuge, companheiro, poderá intervir como assistente⁷⁸. O objetivo é reforçar o contraditório do interditando, em especial quando não possa manifestar a sua vontade⁷⁹. Na impugnação se poderá alegar, além da negativa ao pedido de interdição, a incompetência absoluta, impedimento ou suspeição do juízo⁸⁰. Encerrada essa etapa, haverá a produção da prova pericial.

77 Veja-se o que previa o antigo CPC/1973, no art. 1.182: “Dentro do prazo de 5 (cinco) dias contados da audiência de interrogatório, poderá o interditando impugnar o pedido”. Por outro lado, prevê o diploma: “Art. 752. Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contado da entrevista, o interditando poderá impugnar o pedido.”

78 É o que dispõe o parágrafo 3º do artigo 752, vê-se: “Caso o interditando não constitua advogado, o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente.”

79 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 480. Salienta-se que o Professor ensina ainda que não se poderia considerar a assistência como simples, justamente porque “na assistência simples a atuação do assistente subordina-se à vontade do assistido”.

80 LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao código de processo civil: arts. 1.103 a 1.210*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. 12, p. 455.

5.3. O laudo pericial e a segunda audiência

A prova pericial é indispensável à verificação da potencialidade de atuação do interditando, não podendo ser dispensada⁸¹. Sua produção poderá se dar de ofício, é obrigatória, e, assim como a entrevista, não ocorrendo, será nulo o processo interditário. O procedimento será o previsto nos artigos 464 ao 480 do NCPC. Para Moacyr Amaral Santos⁸², os peritos são as “pessoas entendidas” sobre determinado assunto que poderão auxiliar o magistrado em conhecimentos que ultrapassam as matérias de sua formação.

Essa prova tem por escopo avaliar a capacidade do demandado para a prática de todos, nenhum ou alguns atos da vida civil⁸³. No CPC anterior, a interpretação clássica era de que o exame pericial seria realizado por peritos-médicos⁸⁴; todavia, o NCPC trouxe

81 Embora já citado julgamento sobre a impossibilidade de se dispensar a perícia médica, é importante destacar que nos esboços do Novo Código de Processo Civil, previa o parágrafo 3º do artigo 768 da versão aprovada em 26 de março de 2014 pela Câmara dos Deputados, a possibilidade de o juiz dispensar a perícia. Prescrevia o mencionado artigo que: “o juiz poderá dispensar a perícia quando, havendo prova inequívoca, for evidente a incapacidade.”. Todavia, acertada foi a decisão de retirá-lo na versão final. A possibilidade de dispensa da prova pericial seria um verdadeiro retrocesso, não se coadunando, inclusive, com a ideia de um processo que volta suas atenções à figura do interditando, como parece ter sido o propósito do legislador atual ao se alicerçar nos princípios constitucionais e na dignidade humana.

82 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25 ed., rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, p. 483.

83 É o disposto no artigo art. 753: “Decorrido o prazo previsto no art. 752, o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil.”.

84 SANTOS, Moacyr Amaral. *Opus citatum*, p. 485.

a previsão legal de que a perícia pode ser realizada por equipe multidisciplinar. O uso do ‘pode’, ao invés do ‘deve’, parece deixar margem à discricionariedade do magistrado acerca da pertinência ou não do uso da equipe de profissionais diversificados. Compreende-se, todavia, que não é possível que se dispense a perícia, mas ela poderá ou não ser complexa, a depender do conjunto probatório já existente.

Contudo, não se pode restringir a análise da capacidade de um indivíduo aos profissionais da Medicina; outros saberes, como o Serviço Social, a Psicanálise e a Psicologia, podem analisar a questão para além dos aspectos físicos⁸⁵. O NCPC dispõe que o laudo pericial deverá indicar, sendo parcial a incapacidade, os atos para os quais o interditando precisará do curador para agir em seu nome⁸⁶, tornando fundamental a presença de equipe multidisciplinar para tanto. Assistentes técnicos das partes poderão acompanhar a perícia⁸⁷. Ao contrário do perito, eles não são imparciais, pois têm a função de auxiliar as partes⁸⁸. No caso de perícia complexa, podem as partes indicar assistentes em número equivalente ao de peritos⁸⁹.

85 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil: da união estável, da tutela e da curatela*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 20, p. 476.

86 Art. 752, § 2º: “O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela.”

87 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. (Org.) *Curso avançado de processo civil*. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 3, p. 277.

88 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 275.

89 É a dicção dos artigos 474 e 475 do CPC/2015.

Finalizada a perícia, o laudo será apresentado dentro do período fixado pelo juiz. Em seguida, o Promotor de Justiça poderá, na qualidade de fiscal do ordenamento jurídico, manifestar-se fundamentadamente sobre a decretação, ou não, da interdição⁹⁰. As partes também podem se falar nos autos, sobre os pontos que não ficaram claros. Já o juiz não estará vinculado ao que constar do laudo pericial, mas precisará justificar a sua oposição, ou as dúvidas que o levaram a solicitar a realização de nova perícia⁹¹.

Apresentado o laudo e as manifestações das partes, o juiz designará audiência para a instrução e julgamento⁹². A doutrina diverge acerca da necessidade efetiva da realização dessa audiência, ou se ela poderá ser dispensada, nos casos de o juiz já se sentir seguro para proferir de logo a sentença, a partir das demais provas produzidas⁹³. Porém, entende-se que não pode

90 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6, p. 894.

91 VIEIRA, Patrícia Ruy. A interdição no direito brasileiro. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 826, p. 93-116, ago. 2004, p. 110. Sendo determinada nova perícia, deve-se observar o seguinte dispositivo do CPC/2015: “Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida. § 1º A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu. § 2º A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira. § 3º A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.”

92 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 3, p. 552. É também o que dispõe o artigo 754 (“Apresentado o laudo, produzidas as demais provas e ouvidos os interessados, o juiz proferirá sentença”), do NCPC.

93 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6, p. 895.

haver a supressão da audiência de instrução e julgamento, por que essa será a segunda oportunidade de o juiz se encontrar com o interditando, apesar de isso não impedir a dispensa do depoimento pessoal do interditando — em razão de já ter ocorrido a entrevista e também por não ser possível a confissão⁹⁴. De qualquer sorte, nada impede a manifestação do interditando, bem como a oitiva de novas testemunhas.

Não se pode admitir a supressão dos ritos previstos para a ação de interdição sob o argumento de demora do feito. Como existe a possibilidade de tutela antecipada e de se nomear curador provisório, maiores prejuízos não existirão para o interditando. A finalidade aqui é garantir às partes subsídios para recorrer da decisão final, bem como para comprovar a melhora do interditando. Vencidas essas etapas, o juiz terá condições de proferir a sentença⁹⁵. O caminho procedimental é longo, mas necessário, pois a procedência do pedido de interdição requer prova manifesta da ausência de entendimento do interditando⁹⁶.

Pelo que consta do artigo 755, inciso II, do NCP, quando a decisão for pela procedência do pedido de interdição, o juiz deverá considerar na sentença as características pessoais do interdito (potencialidades, habilidades, vontades e preferências), para que a curatela seja, de fato, em seu benefício. Essa é a dimensão existencial da sentença de decretação da interdição: a modificação na tomada de decisões, que passará ao

94 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. (Org.) *Curso avançado de processo civil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 3, p. 277.

95 É a redação do artigo 754 do CPC/2015.

96 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Opus citatum*.



curador, reflete no desenvolvimento da sua vida moral e na autodeterminação do interditado, sendo fundamental o resguardo, ao menos, de sua liberdade para decidir questões pessoais de conteúdo existencial⁹⁷.

6. OS DIPLOMAS LEGAIS SANCIONADOS EM 2015 E AS MUDANÇAS POSITIVAS PARA O INTERDITANDO

Neste ponto, já resta inequívoca a coincidência de propósitos do EPD e do NCPC, ambos caminhando *pari passu* para a promoção do respeito ao sujeito interditando. O procedimento de interdição narrado anteriormente já se encontra respaldado nesta nova teleologia, pautada no “modelo constitucional de direito processual civil”⁹⁸, presente no NCPC. Seu artigo 8º, de maneira inovadora, prevê que: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, **resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana** e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (grifos aditados).

Tal conteúdo, pode parecer “aparentemente desnecessário”⁹⁹, haja vista que um dos fundamentos da

97 MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). *Direito constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 57-58.

98 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127.

99 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 75.

República, previsto no art. 1º, III, da CF/1988, é justamente a Dignidade da Pessoa Humana, mas não é. A dignidade humana é sobreprincípio constitucional, do qual todos os princípios e regras fundamentais derivam¹⁰⁰. É direito fundamental de conteúdo complexo, formado pelo conjunto de todos os outros direitos fundamentais¹⁰¹.

Por isso, como os direitos fundamentais na sua eficácia vertical tem por objetivo regular a relação do Estado com o indivíduo, o NCPC reforça, para o juiz, o dever de observar esse comando. Enquanto figura que atua investida de prerrogativa estatal, o magistrado tanto deve proteger a norma jurídica da dignidade da pessoa humana, como não pode, deliberadamente, violá-la¹⁰². O verbo “promover”, no citado artigo 8º, por seu turno, impõe o comportamento participativo do magistrado, autorizando-o a agir, inclusive de ofício, para efetivar a dignidade da pessoa humana¹⁰³.

Aplicar a dignidade humana não é simples: sua incidência ainda é imprecisa; exige-se fundamentação específica; e sua aplicação esbarra na liberdade das partes, pois não se pode menosprezar a autonomia dos envolvidos no processo¹⁰⁴. “A dignidade da pessoa humana garante ao indivíduo, de um lado, que o Es-

100 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 73.

101 DIDIER JR., *Opus citatum*, p. 75.

102 *Idem*, *Locus citatum*.

103 *Idem*, *Locus citatum*.

104 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 76.

tado não a viole”¹⁰⁵, limitando o agir estatal¹⁰⁶; e, de outro lado, “que o Estado a promova e efetive”¹⁰⁷, para que o Estado, realize concreta e permanentemente, vida digna para todos¹⁰⁸.

Desse modo, não significa dizer que os novos diplomas legais que foram tratados ao longo deste artigo, tanto o EDP quanto o CPC/2015, são perfeitos no seu conteúdo, sobretudo, o sistema processual que trouxe algumas “falhas”¹⁰⁹ de aplicabilidade prática, mas é possível sim afirmar que se caminha para uma mudança de paradigmas para dar à pessoa com deficiência tratamento isonômico dentro do sistema judiciário.

7. CONCLUSÃO

O novo processo de interdição foi pensado para se harmonizar com os valores irradiados pela Constituição, que tem a dignidade do homem como valor máximo, e como finalidade garantir ao interditando influência no procedimento jurisdicional que irá concluir pela necessidade ou não de curador, bem como os limites desta atuação.

Por isso, estes fundamentos já poderiam ter sido aplicados na codificação anterior, fosse por influência

105 *Idem. Locus citatum.*

106 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 110.

107 DIDIER JR., *Locus citatum.*

108 SARLET, *Opus citatum*, p. 111.

109 REQUIÃO, MAURÍCIO. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015, p. 164. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17254/1/Tese%20Maur%C3%ADcio%20Requi%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2016.



constitucional, fosse em razão dos tratados internacionais que já exigiam do Brasil uma postura diferenciada sobre o tema — no caso, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que foi incorporada ao sistema jurídico brasileiro com status de Emenda Constitucional, por força do artigo 5º, § 3º, da CF.

A ideia basilar das inovações é, justamente, pensar a curatela de forma parcial, e não total, ideia defendida desde o início deste escrito, pois assim se reafirma a preocupação com a dignidade do interdito: ela se baseia na autonomia pessoal, *i. e.*, na liberdade, o que potencializa a identificação humana como sujeito de direito a ser resguardado. Não que a antiga ausência de previsões legais expressas nos sentidos aqui defendidos impedisse o magistrado de utilizar o conhecimento de especialistas e a opinião de terceiros, pois o juiz é dotado de amplos poderes instrutórios; mas é inegável que comandos legais expressos são grandes estímulos à fixação de uma prática.

Nessa perspectiva, não se tem a ilusão de que a modificação legislativa, por si só, mudará toda a dinâmica tradicional do processo de interdição; para tal ruptura, caberá aos operadores do direito a responsabilidade de efetivar na prática os novos termos legais, dotados agora de amplos instrumentos de superação da vulnerabilidade do interditando durante o procedimento instrutório.

8. REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. A flexibilização da curatela: uma interpretação constitucional do art. 1.772 do Código Civil Brasileiro. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 37, p. 3-16, jan./mar. 2009.



- ABREU, Célia Barbosa. *Curatela & interdição civil*. 2 ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1997, v. 1.
- ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista Brasileira de Bioética (RBB)*, vol. 2, n. 2, 2006.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. *A banalização da interdição judicial no Brasil: relatórios*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007. Audiência pública e Seminário Nacional realizados pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias em parceria com o Conselho Federal de Psicologia, no ano de 2005, com o objetivo de debater sobre o tratamento que a sociedade e o governo dispensam aos portadores de sofrimento mental no Brasil. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1750>>. Acesso em: 4 abr. 2016.
- BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil*. Publicado em 5 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireito-civil2013-web.pdf/view>>. Acesso em: 4 abr. 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, ordinário e sumário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2, tomo 1.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 3.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CASTRO FILHO, José Olympio. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 1.103 a 1.220. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 10.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 76.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 275.
- DIDIER JR., Fredie. Estatuto da pessoa com deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. *Fredie Didier*, Seção Editorial, Editorial n. 187, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 4 abr. 2016.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, v. 6.
- GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual do direito dos idosos*: Ministério Público, tutela de direitos in-

- dividuais e coletivos e acesso à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família: de acordo com a lei 12.874/2013*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 6.
- GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao código de processo civil: arts. 1.103 a 1.210*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. 12.
- MACHADO, Francisco Roberto. Da curatela dos interditos no novo código civil. *Revista dialética de direito processual (RDDP)*, São Paulo, n. 12, p. 21-47, mar. 2004.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. (Org.). *Direito constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil: tomo XVI, arts. 1.103 a 1.210*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o direito processual. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Org.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 3.
- NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética (RBB)*, vol. 2, n. 2, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 5.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil: da união estável, da tutela e da curatela*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 20.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.
- REQUIÃO, MAURÍCIO. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015, p. 164. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17254/1/Tese%20Maur%C3%ADcio%20Requi%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2016.
- REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, v. 40, n. 239, p. 453-465, jan. 2015.

- REQUIÃO, Maurício. Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades. *Consultor Jurídico*, 20 jul. 2015c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 3 abr. 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 73.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25 ed., rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2.
- SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A interdição no direito brasileiro: doutrina, jurisprudência, prática, legislação*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3.
- TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 5-32, jan./mar. 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 3.
- VIEIRA, Patrícia Ruy. A interdição no direito brasileiro. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 826, p. 93-116, ago. 2004.



ELIS COSTA MENEZES

WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família*. 18 ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. (Org.) *Curso avançado de processo civil*. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 3.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Aspectos da ação de interdição. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 62, p. 15-28, maio 2008.



Capítulo
III

HC 126.292: O Funeral da
Presunção de Inocência e o STF
como "coveiro" constitucional

Ingrid Caribé Bastos

Estudante do 6º semestre do Curso de Direito da
Faculdade Baiana de Direito e Gestão.





HC 126.292: O Funeral da Presunção de Inocência e o STF como "coveiro" constitucional

Resumo: Este trabalho tem por finalidade discutir os impactos do indeferimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, do HC 126.292 no Estado Democrático de Direito e nas garantias fundamentais asseguradas na Constituição Federal. A partir desse entendimento, a Suprema Corte permite a execução antecipada da pena após decisão de tribunal de 2º instância. Para isso, além de entender a importância dos princípios processuais na consecução do processo penal, deve-se compreender qual é o papel a ser desempenhado pelo STF, considerando a divisão dos poderes. Fica constatado que a decisão em questão apresenta-se como um retrocesso para a democracia, por desrespeitar não só a presunção de inocência, mas a finalidade do processo penal como um todo, e ainda a legitimidade do Judiciário para proferir decisões desse cunho. A decisão vem impregnada de alto teor de ativismo judicial, prática esta que apesar de vir se tornando recorrente nos tribunais brasileiros, precisa ser combatida a fim de não comprometer a ideologia refletida na carta constitucional.

Palavras-chave: HC 126.292. Presunção de Inocência. STF. Ativismo Judicial. Execução Antecipada da Pena.



INGRID CARIBÉ BASTOS

Sumário: 1. Introdução — 2. Processo penal justo: 2.1. Principiologia processual; 2.1.1. Noções gerais; 2.1.2. Presunção de inocência; 2.2. Devido processo penal — 3. O papel do STF: 3.1. Histórico e funções inerentes; 3.2. Ativismo judicial — 4. Execução da pena à luz do STF: 4.1. Entendimento 2009: HC 84.078; 4.2. Entendimento 2016: HC 126.292; 4.3. ADCs 43 e 44 — 5. Conclusão — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Dentre tantas decisões passíveis de discussão realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, este artigo traz um olhar direcionado ao indeferimento do *Habeas Corpus* 126.292, no dia 17 de fevereiro de 2016, que acaba por ter como consequência a autorização da execução automática da pena, bastando somente decisão de Tribunal de 2º instância.

Para se obter uma visão integral a respeito do objeto de análise, fez-se obrigatório estender a exploração não só aos argumentos discordantes, mas também aos convergentes com a decisão, proferidas pelos ministros da suprema corte, que ganharam por um placar de 7x4.

A pesquisa pretende salientar a interferência de decisões desse cunho na manutenção do Estado Democrático de Direito, bem como na efetivação de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Para isso importa-se tratar tanto de questões anteriores a decisão, referentes a forma como ela se deu, como do impacto dela nos valores inerentes ao ordenamento jurídico atual.



Há de se ter em mente o arcabouço principiológico a que se submete o processo penal, pontuando princípios como, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, e mais especificamente o da presunção de inocência desde a sua origem histórica, passando pela positivação no ordenamento jurídico brasileiro, até chegar ao seu destaque para a construção da dignidade humana.

É imprescindível entender o STF como a mais alta instância do Poder Judiciário brasileiro, suas atribuições e o papel que é reservado ao mesmo na tutela dos valores presentes na carta magna. Uma vez entendida qual a finalidade deste órgão, questionar-se-á a coerência dele em gerar os efeitos práticos decorrentes da rejeição do *Habeas Corpus*.

Para isso é necessário a sedimentação de conceitos relacionados a esse tema. Conceitos como ativismo judicial, judicialização, e legitimidade se tornam substanciais para assimilar a extrapolação de funções observada no cenário do ordenamento jurídico brasileiro atual, mais precisamente na esfera do direito processual penal. Dessa matéria deriva a conexão acerca das implicações disso no garantismo penal, herança do iluminismo, fundamentado na liberdade do indivíduo.

2. PROCESSO PENAL JUSTO

2.1. Principiologia processual

2.1.1. Noções Gerais

Para ser possível assimilar a ofensa causada ao ordenamento jurídico, e mais precisamente à Constituição Federal de 1988, pelo indeferimento do HC

126.292 é preciso internalizar o destaque dado aos princípios no sistema normativo brasileiro, sua natureza, evolução e a gravidade que se faz presente uma vez que são atingidos.

Os princípios não se restringem a uma só função, podendo ter caráter interpretativo ou indicar normas implícitas no ordenamento jurídico¹. Sendo assim servirão os princípios de fundamento de validade para outras normas jurídicas, e uma vez havendo colisão entre essas normas, deverão ser observados os princípios das quais elas derivam. Eles integram o sistema por ter caráter normativo e proíbem normas ou condutas que vão de encontro ao seu conteúdo.

Os princípios são a base de todo sistema, são as premissas, o ponto de partida. Qualquer outra ideia, norma, ou enunciado certamente irão partir dos princípios e conseqüentemente a eles se subordinarão. O principal traço caracterizador dos princípios é a sua força normativa². Não é plausível nos tempos atuais fazer a distinção entre princípio e norma, mas sim entre princípio e regra³, sendo ambos norma. Se não se

- 1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p.1035.
- 2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 266.
- 3 Existem diversas teorias que se dedicam à diferenciação entre regras e princípios. Importante aqui destacar as duas pioneiras, quais sejam a de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Para Alexy "o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. [...] Isso significa que a distinção entre regras e princípios é



HC 126.292: O FUNERAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O STF COMO "COVEIRO" ...

aceita princípio como norma, não se reconhece a sua força jurídica, transformando-os em simples quimera, sonho, que apesar de querer alcançar, não se impõe como obrigatório. Paulo Bonavides arremata a questão colocando que "os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo"⁴.

Nota-se que este entendimento hoje se encontra consolidado, embora nem sempre tenha sido assim. No período absolutista, marcado pelo jusnaturalismo, os princípios não eram vistos como norma. O direito natural baseava-se nas leis da natureza, do divino, criado por Deus e representado pelo monarca. Com a chegada do positivismo é que nota-se a presença dos princípios em códigos e leis, devido à objetividade buscada por essa corrente. Entretanto o prestígio deles ainda era mínimo, atuando apenas como subsídio para o direito posto, e impedindo as lacunas normativas. É apenas com o pós positivismo que os princípios se revestem de normatividade, pois aqui há uma discussão a respeito de justiça e legitimidade⁵. Barroso lembra que antes — até meados do século XX —, a efetuação do que estava posto nas constituições dependia da vontade do legislador ou da discricionariedade daquele que administra. É só com a reconsti-

uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau." (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros 2008, p. 90 e 91). Já para Dworkin "os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem — a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um." (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p 42).

4 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 267.

5 *Ibid.*, p. 268-280.

tucionalização ocorrida após a 2ª Guerra Mundial que se inicia o processo de reconhecimento dos princípios constitucionais como norma bem como da sua força vinculativa e obrigatória. Observa-se então a imperatividade das normas (regras e princípios) constitucionais e em caso de descumprimento delas, provocam-se formas de fazer com que essas sejam executadas.⁶

No âmbito do processo penal, os princípios merecem forte atenção, uma vez que este deve estar baseado em conferir ao acusado — e não condenado, como a decisão pretende tratar o sujeito — todos os direitos e garantias previstos. Essa é a base do princípio chave do processo, qual seja o devido processo legal. Para além deste, merece ênfase também a ampla defesa, o contraditório, duplo grau de jurisdição, e principalmente a presunção de inocência, não podendo este último ser entendido pela Suprema Corte como presunção de culpabilidade.

Conforme a teoria do Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli⁷, a partir da restrição do poder estatal chegar-se-á ampliação das liberdades individuais. Segundo ele a opção garantista atua "em favor da tutela da imunidade dos inocentes, inclusive ao preço da impunidade de algum culpável". Ao tratar de garantias processuais, ele faz referência ao princípio da jurisdicionariedade, que muito prima pela a presunção de inocência.

6 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 22 out. 2016.

7 FERRAJOLI, apud AMARAL, Augusto Jobim. Presunção de Inocência — A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. *Boletim IBCCRIM* 281, abr. 2016.

Hoje fica claro, então, que a Constituição Brasileira é garantista, ou seja, prega um direito penal mínimo, mirando no equilíbrio entre a liberdade individual e o poder punitivo do Estado. Esta carta materializa direitos fundamentais que devem ser seguidos do início ao fim do processo. Dessa forma, atentar contra um princípio é atentar contra a Carta Magna, e, por conseguinte, subverter a ideologia posta por ela.

2.1.2. Presunção de Inocência

Ao fim da decisão proferida pela Suprema Corte, no dia 17 de fevereiro de 2016, decerto o princípio constitucional que mais se encontrou mitigado, e por isso merece atenção especial aqui, foi o da presunção de inocência. A maioria dos ministros do STF entende que tal princípio não se encontra atingido com a decisão, porém após a exposição que será feita a respeito da sua magnitude para o êxito do processo penal, ficará nítida a ofensa ao mesmo.

No período da Idade Média, situando-se especificamente na Inquisição, o que se observava era uma presunção de culpabilidade, pois a dúvida diante da insuficiência de provas representava uma semi prova, atribuindo ao sujeito uma semi culpabilidade e gerando uma semi condenação a uma pena leve⁸. Hodiernamente, isso parece inconcebível. Esse juízo não pode mais ser aceito nos dias atuais, uma vez que a presunção de inocência está prevista expressamente em alguns diplomas normativos.

8 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 183.

O princípio da presunção de inocência está positivado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5^a, LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." Fica evidente que só poderá o Estado atribuir pena ao indivíduo ao final do processo, quando não admitir mais nenhum recurso, sendo até lá o sujeito considerado inocente.

Ainda nota-se sua previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 11:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Aqui, para além da garantia flagrante do estado de inocência, é atribuído a esse uma relação indissociável com o princípio da ampla defesa, em que o acusado pode utilizar de todos os mecanismos previstos pelo direito para se defender da melhor forma possível.

O Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, estabelece em seu artigo 8^o que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". Importante dizer que este pacto entra no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma supra legal, isto é, abaixo da Constituição Federal, porém acima da legislação ordinária.

O princípio discutido engloba dois sentidos: além de compreender que o sujeito deve ser tratado como inocente do início do processo até o seu trânsito em

julgado, impõe também que o ônus da prova seja sempre do autor da ação, ou seja, o acusado não tem o dever de provar que é inocente, cabendo a prova da culpabilidade ao outro pólo da ação.

É decorrência lógica do estado de inocência, que o sujeito acusado irá responder ao processo penal em liberdade, constituindo-se a prisão preventiva como hipótese excepcional, uma vez que para ser verificada deve estar em consonância com as exigências postas pelo artigo 312 CPP, quais sejam:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Não se pode então usar da exceção da prisão preventiva, para legitimar a execução antecipada da pena, e menos ainda admitir flexibilizações desse princípio, uma vez que o mesmo constitui garantia basilar de um sistema penal justo, garantista e democrático.

O princípio da presunção de inocência promove um afastamento da pessoa do juiz que seja orientado pelo sistema inquisitório, pois este magistrado poderá se posicionar de forma injusta perante a consecução do processo penal sob a ótica constitucional. Esse sistema, apesar de perambular pelo direito processual brasileiro, em nada contribui para um trâmite justo e garantidor, como será exposto a seguir.



2.2. Devido processo penal

Lopes Júnior⁹ afirma que "o processo penal, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para imposição da pena". Mas que processo penal é esse e a quem ele serve? É importante ter em mente que o objeto atingido pelo processo penal é predominantemente a liberdade, por isso para alcançar um processo penal justo, faz-se necessária a observância de todos os direitos dirigidos ao acusado na consecução do processo, a fim de zelar pela sua dignidade humana.

Como já foi posto, a Constituição brasileira é garantista e democrática e por isso chamada de Cidadã. Esse texto traz uma série de direitos e garantias ao sujeito, sendo assim é por essa ótica que o processo penal deve ser analisado, ou seja, por um viés constitucional que traz o processo como garantia ao acusado e não instrumento de inquisição fundamentado na busca incessante por punição. Conclui perfeitamente Lopes Jr¹⁰ que "[...] o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da constituição."

Mostra-se obrigatório uma breve distinção entre os sistemas inquisitório e acusatório de processo penal. O primeiro está ligado a países de maior repressão, geralmente relacionados a autoritarismo ou tota-

9 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 6.

10 *Ibid.*, p. 8.



litarismo.¹¹ Não há uma separação entre quem acusa e quem julga. Mistura-se os objetivos do juiz e do acusador, ambos investigando e direcionando esforços para a punição.¹² O segundo é a base de países fundamentados na liberdade individual e na democracia. Esse sistema impede abusos cometidos na hipótese de haver um judiciário tirânico, composto de juízes impulsivos e conseqüentemente imparciais.

Há quem defenda na doutrina processualista penal brasileira que o sistema adotado no país é misto, onde na fase pré processual predomina o inquisitório e na fase processual o acusatório¹³. Ainda recorrendo a Lopes Jr, falar disso é maquiagem a realidade, uma vez que o que se observa no Brasil é um modelo (neo) inquisitório¹⁴. Tais modelos são opostos, sendo o segundo incompatível com os valores pregados na carta magna. Por menor que seja a presença — e que não é — do sistema inquisitório no processo penal, isso se reflete na mitigação das garantias processuais. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho resolve a questão de forma precisa: "Serviu a Napoleão, um tirano; serve a qualquer senhor; não serve a democracia."¹⁵

11 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 58.

12 Ibid., p. 63.

13 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 71.

14 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 69.

15 COUTINHO apud LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.71.

A inclinação do processo brasileiro ao sistema inquisitorial reafirma algo que já está bem claro: há um maniqueísmo latente na sociedade atual. É constante a separação entre quem faz o bem e quem faz o mal. Observa-se isso facilmente na proclamação entusiasmada de frases como "Direitos humanos para humanos direitos", ou "Bandido bom é bandido morto". Isso fica demonstrado no resultado da pesquisa feita pelo Datafolha¹⁶ em 2015, em que 87% dos adultos brasileiros apóiam a redução da maioria penal de 18 para 16 anos.

Aquele que é acusado de prática de infração penal, já é automaticamente visto por quem o cerca como criminoso e culpado. Já é preocupante a coletividade pensar dessa forma, contudo pior ainda é o Judiciário brasileiro deixar concepções como essas impregnarem os tribunais. O acusado não perde seu *status* de pessoa humana, detentor de todas as garantias previstas na carta constitucional, pois é a ele que o processo penal deve servir. Fazer valer direitos constitucionais não é colaborar com a impunidade, mas sim honrar a Constituição Federal do país e fazer com que a pena atribuída ao indivíduo no final do processo seja de fato a cabida a ele.

Não importa aqui apenas refletir acerca do mérito da decisão, trazendo a análise acima referente a principiologia processual, especificamente o estado de inocência, e aos sistemas processuais penais, objetivando a escolha por um processo mais justo e situa-

¹⁶ Instituto de Pesquisas Datafolha. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/06/1646200-87-aprovam-reducao-da-maioridade.shtml>>. Acesso em: 22 out. 2016.

do nos parâmetros constitucionais. Interessa também posicionar-se à respeito daquilo que é anterior aos efeitos da decisão, ou seja, a legitimidade do Supremo Tribunal Federal em fazer o que fez, da forma que fez, e para isso torna-se obrigatório a dissecação de alguns conceitos, que serão trazidos a partir de agora.

3. O PAPEL DO STF

3.1. Histórico e funções inerentes

Se há um ponto que merece análise cuidadosa neste artigo, certamente é o comportamento do Judiciário brasileiro nos últimos anos e a interferência disso na separação de poderes prevista na Carta Magna. A figura de um Judiciário mais atuante do que o permitido é uma prática que vem se tornando frequente no Brasil, e isso fica muito claro na rejeição do HC. 126.292. Ao rejeitar tal ação constitucional, o Supremo Tribunal Federal extrapola suas funções, reescrevendo de forma indireta a Constituição Federal e provocando uma mitigação na principiologia processual. Para entender a gravidade disso, é indispensável explorar este órgão mais profundamente, alcançando o seu surgimento e todas as suas funções.

Este órgão nasce com a Carta de 1891, entretanto sua atuação era tímida, por ter obstáculos em aliar as decisões proferidas por ele, à de instâncias inferiores, no que tange ao controle difuso de constitucionalidade. Ao adotar, em 2004, o instituto de súmulas vinculantes, seus poderes aumentam. As súmulas são oriundas de decisões de 2/3 dos ministros com base em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, e só cumprindo estes requisitos vincularão as instâncias inferiores.

Seguindo o entendimento de Vieira¹⁷ constata-se que STF engloba três funções: ele funciona como foro judicial especializado, tribunal de recurso de última instância e tribunal constitucional. Na primeira, este órgão julgará criminalmente altas autoridades, funcionando como juízo de primeira instância. Na segunda, trabalhará revisando os casos resolvidos por tribunais inferiores, decorrente do sistema misto de controle concentrado e difuso de constitucionalidade. Na última, a corte julgará a constitucionalidade das leis do ordenamento, por ação direta.

Cabe aqui um parágrafo referente ao controle concentrado, e mais precisamente a ação declaratória de constitucionalidade, já que foi por meio destas que a suprema corte impulsionou ainda mais os efeitos do indeferimento do HC. 126.292. Nas lições de Dirley da Cunha Jr.¹⁸ tem-se que:

[...] o controle de constitucionalidade concentrado é provocado por via principal, com a propositura de uma ação direta, através do qual se leva ao Supremo Tribunal Federal a resolução, em tese, de uma antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional.

Em sede de controle concentrado é possível a propositura de ADI, ADPF, OU ADC. O caso que será analisado para frente, foi instaurado por meio de ADC, cujo objetivo é resolver de forma definitiva qualquer incerteza que possa existir a cerca da constitucionalidade.

17 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia — *Revista Direito GV*, 8 ed., jul./dez. 2008, p. 447.

18 CUNHA JR., Dirley. *Controle de Constitucionalidade* — Teoria e Prática, Salvador, Juspodvim, 2012, p. 184.

dade de algum dispositivo federal, que se originou de controvérsia surgida de controle difuso. Mais especificamente, buscou-se declarar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, o qual será examinado posteriormente.

Retornando às atribuições do STF, o que se observa é uma enorme quantidade de tarefas direcionadas a esse órgão, e isso decorre do caráter da constituição brasileira. Já é sabido que a Constituição de 1988 é extremamente ampla, e repleta de direitos e garantias destinadas ao cidadão. É então um texto ambicioso. O que ocorre é que todo litígio, por provavelmente estar tutelado pela constituição, admite ser levado ao STF. A consequência disso acaba sendo uma instabilidade na separação de poderes.

Faz-se válido recorrer a Vieira e o seu conceito de "Supremocracia". Para ele essa expressão comporta dois sentidos, primeiro refere-se à autoridade deste órgão em relação às outras instâncias do Judiciário e segundo, a expansão da autoridade deste em detrimento dos demais poderes¹⁹.

Vieira traz que "ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia"²⁰. Fica claro que a extrapolação de funções praticadas pelo STF decorre principalmente da omissão dos órgãos representativos, quais sejam o Legislativo e o Executivo. Esses poderes se mostram cada

19 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia — *Revista Direito GV*, 8 ed., jul./dez. 2008, p. 444.

20 *Ibid.*, p. 443.



vez mais retraídos na suas atribuições em prol de satisfazer as demandas da sociedade. Entretanto, transferir essa competência ao Judiciário é incentivar o problema de representação tão marcante no cenário vigente.

3.2. Ativismo judicial

Para tecer a crítica sobre o ativismo judicial marcante na decisão do dia 17 de fevereiro de 2016, é preciso entender o que é de fato esse fenômeno, sua diferença com o conceito de judicialização, e aí então concluir os efeitos dele na legitimidade democrática brasileira. Uma vez posto quando e para quê surge a Suprema Corte brasileira, bem como suas atribuições, constatando que há uma extrapolação das mesmas, é chegada a hora de falar dos riscos que essa atividade desmedida pode gerar.

Há de se recorrer a Barroso para tratar do conceito de judicialização. Na visão do constitucionalista, isso "significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do poder judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: O Congresso Nacional e o Poder Executivo." ²¹ Nas causas desse fenômeno aponta a redemocratização e a constitucionalização abrangente. O cenário de democracia permite que as pessoas tenham mais noção de seus direitos e passam então a pleiteá-los perante tribunais. Já no tocante a constitucionalização, como já foi posto no artigo, por ser o texto constitucional demasiadamente amplo, que engloba

21 BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 332.

várias matérias, sendo todas elas constitucionais, caberia levá-las ao judiciário por meio de ação.

É justo observar que não necessariamente a judicialização é algo negativo, absurdo, ou que deva ser impedido. É um fenômeno natural, em que o Judiciário tem que se manifestar por conta do papel constitucional que ele exerce.

Já o ativismo judicial, ainda de acordo com Barroso é uma "participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes".²² Aqui sim há um risco para a legitimidade, uma vez que é incompreensível que um poder que não possui caráter representativo tome decisões referentes à sociedade, utilizando-se de argumentos utilitaristas, pregando um suposto combate a impunidade, como foi feito na rejeição do HC.126.292 Há uma clara interferência na separação de poderes, sendo esta por sinal uma cláusula pétrea, que não pode ser mitigada.

É certo que o Judiciário, embora não seja eleito, deve estar atento as demandas da sociedade, porém, às vezes cabe ao magistrado atuar contramajoritariamente, isto é, contra a vontade da maioria, a fim de proteger os direitos fundamentais, já que se configura como órgão guardião da constituição.

É inevitável reiterar que o "risco mor" do ativismo judicial se refere a ilegitimidade do judiciário em desempenhar certas funções. A vontade do povo está

²² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 335.



prevista na Constituição, a qual é feita por poderes representativos, decorrentes de voto. Não pode o judiciário interpretar de forma contrária as garantias já conquistadas pelo legislativo. As palavras do ministro anteriormente citado — ainda que tenha este votado a favor do indeferimento da ação constitucional, como será discutido a seguir — podem ser bem utilizadas para constatar o erro cometido pelo STF no HC 126.292: "só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões com base na Constituição".²³ Está claro que isso não foi feito, vide cláusula pétrea e princípios atingidos.

Uma vez assimiladas as ideias trazidas acima a respeito da principiologia processual penal, sua relevância para o Estado Democrático de Direito, as incumbências do STF, os limites em que ele deve se situar, e o perigo do menosprezo a essa barreira, faz-se necessário, a partir de agora, encaixar esses conceitos no caso concreto em análise a fim de confirmar o retrocesso estampado com essa decisão.

4. EXECUÇÃO DA PENA À LUZ DO STF

4.1. Entendimento 2009: HC 84.078

A ideia defendida neste artigo já era a aplicada pelo STF desde 2009, a partir do provimento do HC 84.078-MG. A Suprema Corte com essa decisão condicionou a execução da pena ao trânsito em julgado de sentença condenatória, sendo possível, entretanto, a decretação de prisão preventiva, em caso de preencher os requisitos autorizadores para essa execução.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 340.



No dia 5 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal deferiu o *Habeas Corpus*, permitindo que Omar Coelho Vitor, condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos (MG), por tentativa de homicídio duplamente qualificado, à pena de sete anos e seis meses de reclusão, recorresse dessa decisão em liberdade.

Antes de chegar o Recurso Especial ao STJ, o MP-MG requereu ao TJ-MG a decretação de prisão, já que o réu estava colocando à venda um rebanho holandês de que era dono, bem como máquina agrícola e equipamentos de leite. Para o MP isso indicava que ele estaria visando impedir a aplicação da lei penal. O MP obteve sucesso uma vez que o tribunal mineiro decretou a prisão. Vitor então impetrou *Habeas Corpus* no STF pedindo que a execução da pena fosse suspensa e assim foi feito.

Colaboraram com a decisão os ministros Eros Grau (relator do caso), Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio e foram contrários ao provimento da ação constitucional os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Por um total de 7 contra 4 votos, o HC foi provido, e Omar Coelho pode recorrer em liberdade, firmando então um importante entendimento da Corte Suprema.

Para endossar essa compreensão, foram postos princípios como a ampla defesa e a presunção de inocência. Não se poderia interpretá-los de modo restrito, mas sim englobando todas as fases do processo, até mesmo as recursais.

É crucial se recorrer ao ministro aposentado do STF, Evandro Lins e Silva, citado inclusive no acórdão

do HC 84.078: “na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. Infelizmente essa acertada decisão de 2009 foi desrespeitada, dando lugar a uma situação de retrocesso generalizada, em que se observa uma cegueira, talvez até proposital, aos princípios constitucionais, em prol de uma busca desenfreada pela punição.

4.2. Entendimento 2016: HC 126.292

O dia 17 de fevereiro de 2016 certamente deixou uma série de preocupações para aqueles defensores do texto constitucional. Defensores estes no que tange a admiração e empenho em cumprir uma ideologia garantista, pautada em direitos dos homens, e não se referindo àqueles que ocupam o cargo de guardião da Constituição.

O caso, que teve como relator Teori Zavascki, trata de um ajudante-geral que por conta da prática de crime de roubo qualificado, foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses por tribunal de primeiro grau. Sua defesa recorreu ao TJ-SP, porém teve o pedido de recurso negado e determinou-se que fosse expedido o mandado de prisão. Em seguida ele entrou com *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo este também negado. Chegando o caso ao STF, este entendeu que negar que o sujeito recorresse em liberdade não significava ofensa a presunção de inocência.

Merecendo ressalva, apenas Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello, e Ricardo Lewandowski, que foram contrários a mudança de jurisprudência, os ministros — Teori Zavascki, Edson Fachin, Luis Ro-

berto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Carmem Lúcia e Gilmar Mendes — entenderam ser constitucional a execução antecipada da pena bastando decisão de Tribunal de 2ª instância.

Um órgão que deveria dedicar-se a reafirmar e promover a eficácia de maneira ampla aos direitos constitucionais acaba por esvaziar tais direitos, em prol de um ideal punitivista marcante na sociedade de hoje atrelada a uma suposta busca pela eficiência do Judiciário.

É certo que paira no país atualmente um estado caótico de desconfiança, imoralidade, discursos de ódio e rechaço a minorias. Mas não se pode absorver tamanho descontentamento e transpor isso para a Carta Constitucional, mudando por completo os valores pregados pela mesma. Essa busca incessante por punir, tão reiterada neste trabalho, compromete o sistema processual penal acusatório, baseado em todas as garantias do indivíduo. Aquele que é acusado continua sendo detentor da dignidade humana, continua sendo sujeito de direito, e merece que seu processo seja espelho da constituição cidadã. Não se torna ele mero objeto processual, em que caberia ao Judiciário sancioná-lo em decorrência de um clamor social. Salah Khaled²⁴ atenta para o cunho desse processo:

[...] é preciso fazer uma clara opção entre um processo acusatório e democrático, fundado na dignidade da pessoa humana — e, logo, na presunção de inocência —, e um processo de inspiração inquisitória e fascista, fundado na lógica de persecução ao inimigo.

24 KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. *Boletim IBCCRIM* 281, abr. 2016.

Optar pela eficácia máxima da presunção de inocência e pelo devido processo penal, é ter de forma convicta na mente a resposta para pergunta trazida por Augusto do Amaral: "é preferível termos casos de culpáveis absolvidos com a certeza de que nenhum inocente será condenado ou, pendente o autoritarismo, aceitar idealmente todos os culpados condenados, todavia ao preço de algum inocente?"²⁵

Não há de se suscitar teses defendendo indenizações para esses casos de eventuais inocentes serem presos. Não precisa ser dessa forma. A Constituição Federal já traz o princípio da presunção de inocência, justamente para evitar que absurdos como estes ocorram. É descabida a equiparação entre a vida ou a liberdade e o patrimônio financeiro.

Outro ponto trazido pela Corte Suprema é a ideia de que os recursos colaborariam com a morosidade do Judiciário, provocando em vários casos a prescrição dos crimes e, por conseguinte, a isenção de pena pelo sujeito acusado: "Assim, ao invés de constituir um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal."²⁶

Deixando de lado o mérito da medida de indenizar alguém pela pena cumprida indevidamente, atentar-se-á ao argumento do Judiciário no que tange a eficiência do seu serviço prestado. A FGV Direi-

25 AMARAL, Augusto Jobim. Presunção de Inocência — A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. *Boletim IBCCRIM* 281, abr. 2016.

26 ZAVASCKI, Teori. Voto proferido pelo Ministro no Acórdão que julgou o HC 126.292.

to Rio aponta que em 2014, foram concedidos pelo STF 8,27% dos *Habeas Corpus* e Recursos em *Habeas Corpus* entre os anos de 2008 a 2012, ao passo que no Superior Tribunal de Justiça, foram concedidos 27,86%²⁷. Conclui-se então que o número de demandas indenizatórias que surgirão nos tribunais será enorme, impedindo essa suposta eficiência jurisdicional que se busca com a decisão.

Como posto acima, esses dois argumentos — diminuir impunidade e buscar eficiência do Judiciário — implicam diretamente no Estado Democrático de Direito, uma vez que com eles buscou-se legitimar medidas conservadoras, baseadas no "apoio da sociedade". Argumentos utilitaristas²⁸ como esses, apresentam-se como risco a democracia, pois enaltecem o discurso de supremacia de supostos interesses da sociedade, em face de garantias individuais. Se buscarmos na história manifestações nesse sentido as lembranças certamente serão assustadoras, vide ditadura militar no Brasil, cujo pretexto era "proteger o país do inimigo comunista".

27 HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pe-lo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

28 Segundo Fabio Brych, a teoria utilitarista foi defendida pela primeira vez por Jeremy Bentham (1748-1832) em "Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação" (1789). Essa é uma teoria consequencialista que prega que a interpretação da norma deveria levar em conta os efeitos reais produzidos e só seria bom aquilo que trouxesse prazer, e aumentasse a felicidade geral. Trazendo isso para o caso em questão, indeferir o HC 126.292 significa apenas pensar nas consequências, objetivando a uma suposta felicidade da sociedade, desprezando critérios como constitucionalidade e legitimidade.



INGRID CARIBÉ BASTOS

Não cabe ao Judiciário ser populista e tomar medidas baseadas nos anseios sociais, se esses anseios ofenderem os indivíduos. Este órgão deverá sim desempenhar seu papel contramajoritário, ou seja, agir contra a vontade da maioria, se isso significar resguardar direitos dos homens. Os argumentos utilizados para embasar os votos da Suprema Corte não devem ser fáticos e utilitaristas como esses, mas sim jurídicos, ainda mais quando o princípio mais atingido pela decisão encontra-se positivado em texto normativo tão claro.

Ainda que fosse pertinente trazer argumentos fáticos como fundamento para consolidação do entendimento, nota-se certa seletividade no teor desses argumentos. Alegar o fim da impunidade e a eficiência do Judiciário é bem cômodo ao órgão, entretanto esqueceram os ministros de falar da situação carcerária no Brasil. Segundo o portal "Direito Direito" o país abarca a quarta maior população prisional do mundo, perdendo apenas para Estados Unidos, China e Rússia, chegando a mais de 500.000 presos que vivem uma situação degradante²⁹. Não precisa se esforçar para perceber que esse novo entendimento do STF só contribuirá para aumentar e muito essa estatística, confirmando a indiferença com que são tratados os condenados — e até mesmo os acusados.

Voltemos a falar de presunção de inocência, mas agora com o foco no ativismo judicial, e na legitimidade do STF. O Tribunal violou cláusula pétreia, subverteu a lógica de separação de poderes e reescreveu

29 Portal Direito Direito. *O Brasil atrás das grades*. Disponível em: <<http://www.direitodireto.com/prisoes-infografico-brasil/>>. Acesso em: 19 maio 2016.

indiretamente o texto constitucional. Se este é o órgão responsável por "guardar" a Constituição, certamente há muito com o que se preocupar.

Como bem posto na peça inicial da OAB, na ADC nº 44: "Ou o direito tem um grau de autonomia que está para além do poder dessa Corte dizer algo que a Constituição não disse; ou, então, essa Corte atua mesmo como poder constituinte originário."³⁰

A Constituição é clara quando impõe "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Não há margem de interpretação nesse dispositivo que possibilite a atuação do Judiciário. Transitar em julgado significa não admitir mais recurso, e é assim que se entende todas as vezes que essa expressão aparece nas normas brasileiras.

O PEN³¹ (Partido Ecológico Nacional) alega em sua petição inicial da ADC nº 43 que:

Cabe ao Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, apenas verificar se a norma criada pelo legislador se situa dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos. Não lhe compete substituir a decisão legislativa legítima por outra que lhe pareça mais oportuna, conveniente ou adequada.

Agora se o que se vê é um incômodo com o sistema recursal brasileiro e sua eficácia, errou-se na forma de consertar o problema. O Judiciário não tem legitimidade para reescrever normas. O que se viu foi uma troca de institutos escrita pelo Tribunal. Trocou-se "trânsito em julgado" por "condenação em segundo grau". A

30 ADC nº 44 STF, p. 7.

31 ADC nº 43 STF, p. 24.

busca por uma melhora do sistema recursal deve se dá através de proposta de emenda a Constituição, passando pelo poder legislativo e depois sancionado pelo executivo, por serem ambos detentores do voto popular.

Além disso, é válido trazer o nexo entre o entendimento do STF e o instituto da segurança jurídica, reconhecido pela Constituição. Isso ocorre porque a decisão em questão se opõe a compreensão que prevalecia no Tribunal desde 2009. Ainda assim, até então não haveria razão para obrigar outros tribunais de instâncias inferiores a adotarem esse posicionamento, como explicou Lenio Streck.³² Como já foi explanado, para uma decisão configurar como súmula vinculante, necessita que haja várias decisões reiteradas no mesmo sentido. E não há. O entendimento foi fixado em um processo individual, então não seria cabível reclamação da decisão caso um tribunal optasse por contrariar o novo entendimento do Supremo. Além disso, a questão não havia ainda sido levada ao STF por via de ADC, o que poderia conferi-la efeito *erga omnes*, uma vez declarado a inconstitucionalidade do art. 283 CPP. Como isso não havia sido feito, ainda presumia-se válido o referido dispositivo, podendo os outros tribunais decidir de forma contrária ao precedente da suprema corte.

Inclusive a não apreciação do art. 283 CPP em processos desse cunho em tribunais inferiores viola a súmula 10 do STF, que diz que:

32 STRECK, Lenio Luiz. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

HC 126.292: O FUNERAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O STF COMO "COVEIRO" ...

"viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

Ou seja, uma vez que o art. 283 CPP não foi ainda objeto de apreciação a cerca da sua constitucionalidade, permanece ele válido, e deixar de aplicá-lo às controvérsias viola a cláusula de reserva de plenário.

4.3. ADCs 43 E 44

De acordo com o art. 14, III da lei 9.868/99, para a propositura de ADC, deve ter havido controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória. Dessa forma, as ADCs 43 e 44, então, são fruto da controvérsia posta pelo indeferimento do *Habeas Corpus* 126.292.

Buscando, então, resolver por definitivo a controvérsia do HC. 126.292, referente à execução antecipada da pena, o PEN (Partido Ecológico Nacional) e a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), entraram com ações declaratórias de constitucionalidade perante o STF, requerendo a declaração da constitucionalidade do art. 283 CPP, uma vez que este restou-se esquecido no julgamento do habeas corpus.

Diz o referido artigo:

"Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".

Agora vejamos a redação do artigo da Constituição Federal — Art. 5º, LVII, CF — que consagra a presunção de inocência: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.". Se feita uma análise séria, não restarão dúvidas de que o texto posto pelo código processual penal é um espelhamento³³ da norma constitucional. Dessa forma, restava então duas opções ao STF: declarar a constitucionalidade do art. 283 CPP e impedir a execução antecipada da pena, ou permitir a execução antes do trânsito em julgado, declarando o dispositivo como inconstitucional, sendo a primeira opção, certamente, a mais adequada ao estado democrático de direito em que se vive. Entretanto, não foi isso que o órgão guardião da constituição optou em fazer.

A ADC 43 foi proposta pelo PEN (Partido Ecológico Nacional), requerendo a declaração de constitucionalidade do art. 283 CPP e assim, por consequência, que "não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e sejam suspensas as que já estiverem em curso, libertando-se, até que a presente ação seja julgada, as pessoas que ora se encontram encarceradas, sem que a respectiva decisão condenatória tenha transitado em julgado."

Foi pedido também que caso seja declarado a inconstitucionalidade do art. 283 CPP, isso só venha a produzir efeito *ex nunc*, ou seja, de fatos ocorridos a partir da decisão dessa ação para frente, isso por conta da irretroatividade em prejuízo do réu. Traz a exordial:

"Se mesmo em outras áreas do direito recomenda-se a incidência apenas prospectiva da mudança juris-

³³ ADC n° 44 STF, p.11.

prudencial, no campo do direito penal e processual penal, que se relaciona a um bem jurídico provido da máxima fundamentalidade — a liberdade pessoal —, não pode ter lugar a retroação dos parâmetros jurisprudenciais mais gravosos."

Foi feito pelo PEN ainda um pedido subsidiário, de cumulação da ADC, com a ADPF — caso entenda-se que a ADC não é cabível — por conta da violação de preceitos fundamentais como presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88), legalidade (5º, XXXIX, CF/88), irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL), e democracia (art. 1º, parágrafo único).

O Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), por sua vez, mediante a ADC 44, pleiteia também a declaração da constitucionalidade do art. 288 CPP, com pedido de medida cautelar, por entender que ao indeferir o HC. 126.292, sem se pronunciar a respeito de tal dispositivo, gerou a Suprema Corte, uma insegurança jurídica na ordem constitucional. Foi provocado um paradoxo, pois mesmo sem ter o *Habeas Corpus* efeito vinculante, diversos tribunais seguiram esse entendimento, sem se quer enfrentar o art. 283 CPP, que presumidamente permanece constitucional.

No que tange às consequências para a democracia, como já foi posto, uma vez que a decisão pelo indeferimento do HC 126.292 tratou-se de processo individual, seu efeito não vinculou os demais tribunais a se posicionarem da mesma forma, entretanto, no dia 5 de outubro de 2016 o STF julgou improcedente, em medida cautelar, as ADCs 43 e 44, que pleiteavam a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do código processual penal.

Uma vez julgadas improcedentes essas ações declaratórias, o efeito da execução antecipada da pena, ainda que decidido em medida cautelar, deixa de ser referente a um único processo, e passa a induzir os demais tribunais a decidirem pela execução antes do trânsito em julgado. Isso porque, segundo o próprio Min. Barroso, em sua obra afirma que o indeferimento de ações declaratórias de constitucionalidade em caráter cautelar remete a apreciação da matéria para um futuro que pode ser incerto³⁴.

Por fim, cabe dizer que a lógica utilizada pra compreender o erro da decisão, e a subversão de princípios constitucionais, é simples: só existirá pena, se houver crime. Só há crime, com antijuridicidade, tipicidade e culpabilidade. Só se confirma a culpabilidade após trânsito em julgado de sentença³⁵. E pra fechar a regra, só há trânsito em julgado quando não mais for possível interpor recurso. O caminho é esse, e está bem trilhado na estrutura normativa brasileira, basta àqueles que competem dizer o direito segui-lo.

5. CONCLUSÃO

Em tempos de crise generalizada, seja na política, na economia, no sistema educacional ou de saúde, o STF entrega a sociedade o que considera ser um

34 BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 166.

35 HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>> Acesso em: 28 abr. 2016.

presente, entretanto se consagra como mais um elemento colaborador para a crise também do direito e conseqüentemente da democracia. O Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de fevereiro de 2016, passou a autorizar a prisão automática após a decisão de tribunais de 2ª instância.

O entendimento fixado representa um retrocesso que atinge a forma de direito processual penal acolhida pelo nosso ordenamento jurídico. Não se anseia um processo inquisitório, cujo objetivo é perseguir o acusado, mas sim acusatório pautado em todos os mecanismos democráticos previstos. O Processo Penal preocupa-se em tutelar tanto o tempo, como a liberdade do ser. Não se está aqui a falar de Processo Civil, que uma execução equivocada se resolve com a restituição do patrimônio. Como restituir o tempo de liberdade perdido? Nem a maior das indenizações será capaz de corrigir tal erro.

Para além de rasgar a Constituição e suas garantias, a decisão despreza tratados internacionais assinados pelo Brasil, leis infraconstitucionais, a própria jurisprudência do Tribunal e mitiga ainda mais o Estado Democrático de Direito.

A crítica não se conclui nos aspectos práticos, mas estende-se também ao trâmite posto para aniquilar princípios da constituição Cidadã. Há de se discutir a legitimidade do STF para alterar dispositivos constitucionais. É no mínimo contraditório que um órgão entendido como "guardião da constituição" promova o esvaziamento de direitos como presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e duplo grau de jurisdição.

Ainda que haja uma ideia de que recursos servem para retardar decisões e colaborar com a prescrição de crimes, foi indevida a maneira pela qual se buscou solucionar este problema. É para isso que servem as propostas de emenda a constituição, feitas e analisadas por legisladores, já que esses sim possuem legitimidade para tanto, uma vez que foram eleitos pelo voto do povo. O Poder Judiciário, e aqui mais especificamente o STF, não tem a legitimidade para falar em nome da sociedade, muito menos para suprimir garantias da mesma, isso porque não trazem em si essa característica de representatividade, já que seus membros não ocupam o cargo em decorrência da vontade dos indivíduos.

A decisão é apoiada num nítido ativismo judicial. O STF indiretamente reescreveu a Constituição Federal mesmo sem ter poderes para tanto e contrariou decisão proferida anteriormente pela própria Corte em menos de 10 anos. A consequência disso é o cenário de insegurança jurídica que paira sobre o direito brasileiro atual, bem como a presença de traços de autoritarismo e arbitrariedade.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros 2008, p. 90-91.
- AMARAL, Augusto Jobim. Presunção de Inocência — A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. *Boletim IBCCRIM* 281, abr. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRYCH, Fábio. *Ética utilitarista de Jeremy Bentham*. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=155> Acesso em: 20 maio 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CUNHA JR., Dirley. *Controle de Constitucionalidade — Teoria e Prática*. Salvador: Juspodvim, 2012, p. 184

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p 42

HACHEM, Daniel Wunder. *Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. *Boletim IBCCRIM* 281, abr. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

Portal Direito Direito. *O Brasil atrás das grades*. Disponível em: <<http://www.direitodireto.com/prisoes-infografico-brasil/>> Acesso em: 19 maio 2016

STRECK, Lenio Luiz. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>> Acesso em: 25 abr. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia — *Revista Direito GV* 8 ed., p. 447, jul./dez. 2008.





Capítulo
IV

A EIRELI como *Cthullu* do
Direito Empresarial Brasileiro

Ivan Luis Lira de Santana

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.





A EIRELI como *Cthullu* do Direito Empresarial Brasileiro

Resumo: Por meio do presente artigo, tentaremos identificar a natureza jurídica da EIRELI fazendo uma comparação de sua personalidade e características com *Cthullu*, famoso personagem de figura monstruosa das histórias do escritor Howard Phillips Lovecraft, principalmente pelo conto “The Call of Cthullu”.

Palavras-chave: Empresa. Responsabilidade limitada. Natureza jurídica. Sociedade unipessoal. Nova categoria.

Sumário: 1. Introdução — 2. O que é ser empresário e os elementos do conceito de empresa: 2.1. Profissionalismo; 2.2. Atividade; 2.3. Organização; 2.4. Produção ou circulação de bens e serviços; 2.5 Exceções ao conceito de empresário — 3. Das formas de exercer a atividade empresarial: 3.1. Empresário individual; 3.2. Sociedades empresárias — 4. Responsabilidade dos sócios pelas dívidas contraídas pela sociedade: 4.1. Desconsideração da personalidade jurídica — 5. A EIRELI como *Cthullu* do direito empresarial brasileiro: 5.1 EIRELI: natureza jurídica, características e controvérsias; 5.2 *Cthullu* e os pontos de aproximação com a figura da EIRELI — 6. Conclusão — 7. Referências.



1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a intenção de tentar identificar a natureza jurídica da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada — EIRELI — fazendo uma comparação de sua personalidade e características com *Cthullu*, famoso personagem de figura monstruosa das histórias do escritor Howard Phillips Lovecraft, principalmente pelo conto “The Call of Cthullu”. Quem conhece a banda de Heavy Metal Metallica certamente já ouviu a música “The Call of Ktulu”. Como há vários pontos controvertidos entre a EIRELI que se assemelham a *Cthullu*, é possível fazer um ponto de convergência entre esse ente criado pelo legislador brasileiro e a entidade cósmica criada por Lovecraft e presente em vários dos seus contos.

2. O QUE É SER EMPRESÁRIO E OS ELEMENTOS DO CONCEITO DE EMPRESA

Antes de adentrar no tema específico da EIRELI, é necessário que se faça um apanhado geral do que vem a ser a empresa, o empresário, as formas de responsabilidade, bem como a desconsideração da personalidade jurídica e as formas de exercer a atividade empresarial. Começemos então do que vem a ser a Empresa.

O Código Civil traz, em seu artigo 966¹, os elementos do conceito de empresa, e é a partir desses elemen-

1 Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda



tos que conseguimos identificar quem exerce ou não atividade empresarial.

Desse conceito, nós podemos extrair os 04 principais elementos: profissionalismo; atividade econômica; organizada; produção ou circulação de bens e serviços.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 29) diz que “empresa é a atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços”.

Desse conceito nós conseguimos identificar que empresa não é, como muitos pensam, o local onde a pessoa física ou jurídica mantém sua sede, mas é, sim, a atividade. É essa atividade econômica organizada, a partir dos elementos trazidos pelo conceito do código, que definem o que vem a ser a empresa.

Nessa senda, e aproveitando o teor do artigo 966 do código civil de 2002, juntamente com o artigo 2.082 do código civil italiano de 1942, é possível que se conclua que a empresa é, pois, a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado (Tomazette, 2013 p. 38).

Assim, podemos identificar claramente cada um dos elementos constantes no conceito de empresa.

2.1. Profissionalismo

Sobre o elemento profissionalismo, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 30) diz que

A noção de exercício profissional de certa atividade é associada, na doutrina, a considerações de três or-

com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.



IVAN LUIS LIRA DE SANTANA

dens. A primeira diz respeito à habitualidade. Não se considera profissional quem realiza tarefas de modo esporádico. Não será empresário, por conseguinte, aquele que organizar episodicamente a produção de certa mercadoria, mesmo destinando-a à venda no mercado. Se está apenas fazendo um teste, com o objetivo de verificar se tem apreço ou desapeço pela vida empresarial ou para socorrer situação emergencial em suas finanças, e não se torna habitual o exercício da atividade, então ele não é empresário.

O segundo aspecto do profissionalismo é a personalidade. O empresário, no exercício da atividade empresarial, deve contratar empregados. São estes que, materialmente falando, produzem ou fazem circular bens ou serviços. O requisito da personalidade explica por que não é o empregado considerado empresário. Enquanto este último, na condição de profissional, exerce a atividade empresarial pessoalmente, os empregados, quando produzem ou circulam bens ou serviços, fazem-no em nome do empregador.

Além disso, para ser considerado empresário, deverá o sujeito também deter o monopólio das informações, pois que pra ser empresário, você tem que ter o conhecimento de todas as informações relativas ao seu negócio. Assim, o elemento profissionalismo é caracterizado quando o sujeito exerce sua atividade com habitualidade, personalidade e detém o monopólio das informações.

2.2. Atividade

Marlon Tomazette (2013, p. 39) diz que

Trata-se de atividade, isto é, do conjunto de atos destinados a uma finalidade comum, que organiza os



fatores da produção, para produzir ou fazer circular bens ou serviços. Não basta um ato isolado, é necessária uma sequência de atos dirigidos a uma mesma finalidade para configurar a empresa.

Desse modo, a atividade econômica é exercida com fins lucrativos, mas tem que ter consciência do que significa fins lucrativos. Fins lucrativos significa intenção de aumento patrimonial. Precisa exercer aquela atividade querendo ganhar dinheiro.

2.3. Organização

A organização presente no conceito de empresa é a articulação dos quatro fatores de produção: capital, insumos, mão de obra, tecnologia.

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 30) diz que atividade vai ser organizada quando o empresário manipular os 04 fatores de produção (mão de obra, capital, insumos e tecnologia). A atividade vai ser organizada quando o empresário for responsável por manipular esses elementos.

Na empresa, essa organização desses fatores de produção é o que diferencia a atividade empresarial das demais, pois a finalidade produtiva da empresa necessita uma concatenação de atos coordenados e programados para atingir sua finalidade. Desse modo, não é qualquer organização que tem o poder de diferenciar a empresa de outras atividades, mas apenas a organização que assuma um caráter relevante dentro da atividade (Tomazette, 2013, p. 40).

Marlon Tomazette (2013, p. 40-41) alerta que

“Diante da necessidade dessa organização, deve ser ressaltado ainda que as atividades relativas a pro-



fissões intelectuais, científicas, artísticas e literárias não são exercidas por empresários, a menos que constituam elemento de empresa (art. 966, parágrafo único, do Código Civil de 2002). Tal constatação se deve ao fato de que em tais atividades prevalece a natureza individual e intelectual sobre a organização, a qual é reduzida a um nível inferior. Portanto, é a relevância dessa organização que diferencia a atividade empresarial de outras atividades econômicas.”

2.4. Produção ou circulação de bens e serviços

Outro elemento do conceito de empresa que extraímos do supracitado artigo 966 do Código Civil é a produção ou circulação de bens e serviços.

Produção de bens é a fabricação de produtos ou mercadorias. Toda atividade de indústria é, por definição, empresarial. De outro modo, produção de serviços é a prestação de serviços. A atividade de circular bens é a atividade do comércio, em sua manifestação originária: comprar de um fornecedor e vender ao consumidor. É a atividade de intermediação na cadeia de escoamento de mercadorias (COELHO, 2012, p. 33).

2.5. Exceções ao conceito de empresário

O parágrafo único do artigo 966 do código civil diz que “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Profissional intelectual é aquele que usa principalmente a criatividade ou seu intelecto sobre a atividade

desenvolvida. Assim, por exemplo um pintor, escultor, escritor, médico, advogado. O próprio artigo fala profissional de natureza científica, literária ou artística. Então eu pergunto: pintor é profissional intelectual? Depende. Que tipo de pintor? O pintor artista, sim, o pintor de paredes, não. O trabalho do pintor de parede é mecânico, não é intelectual, não tem a ver com seu poder de criação. O final do parágrafo é muito importante: ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores. Então você pode ter um psicólogo, inclusive com sócios, pode juntar 03 colegas e abrir um consultório. Eles são empresários? *A priori*, não, porque estão exercendo profissão de natureza intelectual ou científica. Mas o parágrafo único traz uma exceção, no final, que diz salvo se constituir elemento de empresa.

3. DAS FORMAS DE EXERCER A ATIVIDADE EMPRESARIAL

A empresa, como vimos, é uma atividade, então deve ter um sujeito que exerça essa atividade, que é justamente o empresário.

O empresário é sujeito de direito, que pode tanto ser uma pessoa física, na condição de empresário individual, quanto pessoa jurídica, na condição de sociedade empresária, de modo que deve ficar claro que as sociedades empresárias não são empresas, mas são, sim, empresários, pois empresa é a atividade (TOMAZETTE, 2013, p. 41).

Assim, poderemos ter pessoas físicas exercendo a atividade empresária, teremos então o empresário individual, bem como pessoas jurídicas, que teremos as sociedades empresárias.



3.1. Empresário individual

Segundo Marlon Tomazette (2013, p. 48),

“O empresário individual é a pessoa física que exerce a empresa em seu próprio nome, assumindo todo o risco da atividade. É a própria pessoa física que será titular da atividade. Ainda que lhe seja atribuído um CNPJ próprio, distinto do seu CPF, não há distinção entre a pessoa física em si e o empresário individual”.

O artigo 972² do Código Civil diz que quem é que pode exercer essa atividade empresarial.

O empresário individual deve exercer a atividade em seu nome próprio, assumindo obrigações e adquirindo direitos em decorrência dos atos praticados no exercício da atividade empresarial. Dessa forma e em função disso, o empresário individual deve ser dotado de capacidade civil plena, ser absolutamente incapaz, sob pena de inviabilizar a atividade (TOMAZETTE, 2013, p. 49).

Ou seja, é uma pessoa que exercerá a atividade empresarial em nome próprio, assumindo, sozinho, todos os riscos inerentes à atividade empresarial.

Insta salientar que o empresário individual tem responsabilidade ilimitada, então, responde pelas dívidas da empresa os bens afetados à sua atividade, bem como os bens particulares do empresário.

3.2. Sociedades empresárias

São vários os motivos que levam os sujeitos a criar uma sociedade empresária. Desde a dificuldade de

2 Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.



exercer sozinho todo o trabalho que demanda certas atividades à necessidade de unir atividades, conhecimento, dinheiro e trabalho. É inegável que, certas atividades são impossíveis de serem exercidas por uma só pessoa, e as sociedades surgem justamente da necessidade que as pessoas têm de realizarem certas atividades que sozinhas não conseguiriam ou teriam muita dificuldade de conseguir. Além do mais, é mais fácil e prudente assumir em conjunto o risco inerente à atividade empresarial do que assumi-lo sozinho.

Quando a atividade econômica é de pequeno porte é bem possível de ser explorada por uma só pessoa sem grandes dificuldades. Entretanto, na medida em que se avolumam e ganham corpo e complexidade, demandando maiores investimentos e diferentes competências, é inviável e as vezes até impossível de ser exercida com eficiência por um só sujeito (COELHO, 2012, p. 21).

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 21) diz que “em outros termos, se duas ou mais pessoas pretendem desenvolver, em conjunto, uma atividade econômica, abrem-se-lhes algumas alternativas, no plano do direito, para a composição dos seus interesses”.

Ou seja, há inúmeros motivos que levam as pessoas a se associarem e o direito não poderia deixar de tutelar tais interesses, e o faz por meio da possibilidade de criação das sociedades empresárias.

As sociedades empresárias podem ser de diversos tipos, a exemplo da sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade limitada e sociedades por ação — S/A, cada uma delas com suas características próprias. O mais importante de saber aqui é



que, no caso da Sociedade Limitada, que é a maioria das sociedades empresárias brasileiras, como o próprio nome já diz, a responsabilidade dos sócios pelas obrigações assumidas pela sociedade está limitado ao capital que foi integralizado.

4. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PELAS DÍVIDAS CONTRAÍDAS PELA SOCIEDADE

Antes e adentrar no tópico específico da EIRELI, para termos noção do por que esse ente estranho foi criado pelo legislador brasileiro, é preciso tecer alguns comentários acerca do que vem a ser responsabilização empresarial.

É imprescindível que lembremos que a sociedade é pessoa diferente dos sócios. A sociedade tem existência diferente da dos sócios, tem personalidade diferente, e isso traz uma série de consequências para o direito empresarial, principalmente no que tange à responsabilidade pessoal dos sócios perante as dívidas contraídas pela sociedade.

Não é outro o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 33) quando diz que “os bens integrantes do estabelecimento empresarial, e outros eventualmente atribuídos à pessoa jurídica, são de propriedade dela, e não dos seus membros. Não existe comunhão ou condomínio dos sócios relativamente aos bens sociais”.

Desse modo, a responsabilidade dos sócios pode ser de duas formas: limitada e ilimitada. Na limitada, o sócio só responde perante as dívidas da sociedade no montante do capital que ele integralizou. Desse modo, seus bens particulares não podem ser alvos de dívidas advindas da sociedade, salvo os casos de



A EIRELI COMO *CTHULLU* DO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO

desconsideração da personalidade jurídica, que será tratado mais a frente. Na responsabilidade ilimitada, o sócio responde perante todo o capital integralizado juntamente com os seus bens particulares. Assim, tanto os bens da sociedade quanto os seus particulares podem ser utilizados para adimplemento de obrigações assumidas pela sociedade.

É nesse ponto que é necessário que se fale sobre o princípio da autonomia patrimonial. Mais uma vez, Fábio Ulhoa Coelho consiga que

Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário brasileiro. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade.

É justamente a presença desse princípio que dá segurança às pessoas de exercerem certas atividades de alto risco, como empresas aéreas, exploração de petróleo e outros, em que a responsabilidade, se se fosse ilimitada com os bens pessoais do sócio respondendo pelas obrigações da sociedade, inviabilizaria completamente o negócio.

4.1. Desconsideração da personalidade jurídica

Ocorre a desconsideração da personalidade jurídica quando os bens pessoais dos sócios respondem pelas obrigações da sociedade, furando a blindagem trazida pelo princípio da autonomia patrimonial.

Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p.55) diz que “O juiz pode decretar a suspensão episódica da eficácia do



ato constitutivo da pessoa jurídica se verificar que ela foi utilizada como instrumento para realização de fraude ou de abuso de direito”.

A regra geral para a desconsideração da personalidade jurídica está presente no artigo 50³ do Código Civil Brasileiro.

Há diversas teorias que tentam explicar a desconsideração da personalidade jurídica, como a teoria maior, teoria menor. Regra geral, a personalidade jurídica pode ser desconsiderada quando houver fraude e/ou abuso de direito. Assim, nesses casos, será possível invadir o patrimônio particular dos sócios para quitar dívidas da sociedade.

Pode ocorrer também a chamada desconsideração inversa da personalidade jurídica, em que a sociedade irá responder pelas dívidas dos sócios. Ocorrerá, via de regra, quando houver fraude e confusão patrimonial.

5. A EIRELI COMO CTHULLU DO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO

Tecidos acima os necessários comentários introdutórios acerca do direito do que é ser empresário, das formas de exercer a atividade empresarial e da responsabilidade dos sócios pelas obrigações adquiridas pela sociedade, podemos adentrar no tópico específico da EIRELI e demonstrar a razão pela qual se faz, aqui, a comparação com *Cthullu*.

3 Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.



5.1. Eireli: natureza jurídica, características e controvérsias

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada foi introduzida no artigo 980-A⁴ pela lei 12.441/2010, que também incluiu o inciso VI, no artigo 44 do código, que trata das pessoas jurídicas. Tal lei veio para saciar um antigo anseio dos empresários brasileiros, que queria a criação de uma forma de exercer, sozinho, a atividade empresarial, mas tendo responsabilidade limitada, pois, como dito acima, o empresário individual tem responsabilidade ilimitada, o que pode tornar assaz oneroso e também inviável o exercício de certas atividades sozinho, pois todo o seu patrimônio pessoal poderá responder pelas dívidas contraídas pela empresa.

Então foi nesse sentido que a EIRELI foi criada. Nesse ponto, José Edwaldo Tavares Borba (2012, p. 62) explica que

“É preciso levar em conta que o objetivo da lei não foi outro senão o de conceder ao empresário individual, que é uma pessoa natural (art. 968, I, do CC), a prerrogativa de limitar a própria responsabilidade, sem que para tanto precise recorrer ao artifício de constituir uma sociedade fictícia cujos sócios apenas estariam emprestando o próprio nome à sociedade”.

Como dito, o objetivo da lei que introduziu a EIRELI no ordenamento jurídico brasileiro foi permitir que um empresário individual tenha responsabilidade limitada.

4 Art. 980. A sentença que decretar ou homologar a separação judicial do empresário e o ato de reconciliação não podem ser opostos a terceiros, antes de arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis.



A doutrina aponta que existem algumas técnicas de limitação do risco no exercício individual da empresa.

É possível a limitação do risco no exercício individual da atividade de três formas: a primeira delas é por meio das sociedades unipessoais, método amplamente utilizado no direito europeu, em razão desse modelo ser o mais adaptado às exigências das pequenas e médias empresas. Entretanto, essa solução é questionável por ser bastante contraditória, vez que a pluralidade de sócios é uma exigência inerente ao funcionamento orgânico das sociedades. A própria ideia de agrupamento que é diretamente ligada a de sociedade restaria desvirtuada, uma vez que uma sociedade de uma pessoa só é uma contradição lógica (Tomazette, 2013, p. 56-57).

Um outro método para a limitação do risco é o chamado patrimônio de afetação, que seria a separação de parte do patrimônio do titular para vinculá-lo ao exercício da atividade. Assim, seria destacada uma parcela do patrimônio do titular da empresa e somente essa parcela seria responsável pelas obrigações decorrentes da atividade empresarial (Tomazette, 2013, p. 57).

A terceira técnica de limitação é a criação de uma nova pessoa jurídica. Trata-se de uma subespécie de personificação da empresa, que costuma-se chamada de empresa individual de responsabilidade limitada — EIRL. Aqui, o que se faz é atribuir personalidade jurídica a uma empresa individual, a fim de congrega com o sujeito de direto, diverso da pessoa do empresário, as relações jurídicas advindas da atividade empresarial (Tomazette, 2013, p. 58).

Fazendo essa breve consideração acerca das técnicas possíveis para limitação da responsabilidade no

exercício individual da atividade empresária, surge a primeira controvérsia acerca da EIRELI: qual foi a opção adotada pelo legislador pátrio? Qual a natureza jurídica da EIRELI?

Alguns doutrinadores, como Fábio Ulhoa Coelho afirma ser uma sociedade unipessoal, pois seria uma pessoa jurídica tendo como base uma pessoa para o exercício de atividade econômica, e tem-se uma clara indicação disso no momento em que se aplicam à EIRELI regras da sociedade limitada. Outros, a exemplo de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa sustenta ser a EIRELI um patrimônio de afetação. E, por fim, há quem afirme, como o faz André Luiz Santa Cruz que estamos diante de uma nova pessoa jurídica. Embasando esse último entendimento veio o Enunciado 469 da V Jornada de Direito Civil, que diz: “A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado”. E no mesmo sentido é o enunciado 3 da I Jornada de Direito Comercial (Tomazette, 2013, p. 59-60).

Assim, Marlon Tomazette (2013, p. 60) afirma com clareza que

“O teor dos dispositivos introduzidos deixa claro que a opção legislativa brasileira não foi a das sociedades unipessoais, uma vez que a EIRELI é expressamente colocada como uma nova pessoa jurídica. Do mesmo não se optou pelo sistema do patrimônio de afetação, pois nenhum dos dispositivos introduzidos faz referência à segregação patrimonial. Portanto, o sistema adotado no Brasil foi o sistema da personificação da empresa que, apesar das acertadas críticas, é um sistema legítimo de limitação da responsabilidade no exercício individual da empresa”.



Por outro lado, José Edwaldo Tavares Borba (2012, p. 60-62), discordando de Marlon Tomazette, diz que “a constituição da pessoa jurídica, por contar com um único titular, será promovida através de uma declaração unilateral de vontade, firmada por esse titular, na qual semelhantemente ao contrato social de uma sociedade limitada”.

Dessa forma, reafirmando seu pensamento, Tavares Borba (2012, p. 62) diz “que o regime jurídico da empresa individual de responsabilidade limitada será o da sociedade limitada, que se aplicará o que couber”.

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 409) deixa extremamente claro qual é sua posição acerca do assunto, vez que, em sua obra, no que tange à EIRELI, o título é “sociedade limitada unipessoal”. Deixa claro seu posicionamento também ao dizer que “a sociedade limitada unipessoal, no direito brasileiro, foi designada Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”.

Continua ele dizendo (p. 409) que

Como uma sociedade limitada, a EIRELI sujeita-se às regras desse tipo societário (CC, art. 980-A, § 6º). Vale dizer, o sócio único deve subscrever o capital social, leva-lo a registro na Junta, escolher o administrador, aprovar as contas da administração e as demonstrações contábeis de cada exercício, introduzir no ato constitutivo as alterações que reputar necessárias, orientar os negócios sociais, etc.

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 411), finaliza seu raciocínio afirmando que

“A sociedade limitada unipessoal é chamada, no direito brasileiro, de Empresa Individual de Responsa-



A EIRELI COMO *Cthullu* DO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO

bilidade Limitada (EIRELI). Esta não corresponde a novo tipo de pessoa jurídica, como equivocadamente se poderia concluir da interpretação literal do art. 44, VI, do código civil. Sendo espécie de sociedade limitada, a EIRELI submete-se às regras desse tipo societário. Está, contudo, sujeita a determinadas exigências próprias, como a necessária integralização de todo o capital social, o valor deste de pelo menos 100 salários mínimos e a obrigatoriedade de constar, da firma ou denominação, a sigla EIRELI.”

Nessa senda, na visão tanto de Fábio Ulhoa Coelho quanto de José Edwaldo Tavares Borba, não restam dúvidas de que a EIRELI é uma espécie sociedade limitada (mas unipessoal), sujeita às regras das limitadas, com algumas poucas características próprias, que não são suficientes para que seja considerada novo tipo de pessoa jurídica.

5.2. *Cthullu* e os pontos de aproximação com a figura da EIRELI

Agora que já foram tratados os pontos específicos sobre algumas controvérsias que giram em torno da EIRELI, devemos falar do monstro *Cthullu* e o porquê fazer uma comparação entre o monstro e a EIRELI.

Cthullu é descrito pelo próprio autor Howard Phillips Lovecraft como uma mistura de gigante borrachudo com escamas, com corpo humano, asas de dragão e cabeça de polvo repleta de tentáculos, com garras nas mãos e nos pés.

Ou seja, *Cthullu* é uma mistura de diversos seres, de diversas formas, não havendo um entendimento uníssono entre os leitores sobre sua natureza, se é



monstro, alienígena, se é ambos ou se é uma divindade cósmica. Nesse ponto, assemelha-se bastante à figura da EIRELI, em que os autores, malgrado haja diversos pensamentos distintos acerca de sua natureza, não conseguem chegar a um entendimento uníssono.

Um outro ponto de convergência que existe entre *Cthullu* e a EIRELI é o que se repua uma das discussões mais sem sentido já vistas no direito, data vênia quem ache ser ela importante, que diz respeito à pronúncia dos nomes. Quanto à EIRELI, há quem discuta se a pronúncia correta seria EIRÉLI (paroxítona) ou EIRELÍ, sendo a última a sílaba tônica (oxítona).

Nesse mesmo sentido, é difícil de chegar a uma conclusão sobre a pronúncia correta do nome *Cthullu*. Não se sabe a exata pronúncia. Há quem diga que é “cutulu”, outros dizem ser “cuthulu”, há quem diga que é “Catulu”, vez que o nome aparece as vezes como “Ktulu”, e há quem diga, inclusive, que a pronúncia correta é “clutâlu”. Há quem diga, ainda, que é impossível pronunciar seu nome por ser ele alienígena demais para nossa capacidade vocal.

6. CONCLUSÃO

Diante dos argumentos expostos por todos os autores acerca da natureza jurídica da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada — EIRELI — não restam dúvidas que sua natureza jurídica é de sociedade unipessoal, uma espécie de limitada, vez que a ela se aplicam diversas regras das sociedades limitadas.

Data vênia o entendimento diferente de Marlon Tomazette, não se pode chegar a outra conclusão senão à que chega Fábio Ulhoa Coelho e José Edwaldo



Tavares Borba, que trazem uma série de argumentos para embasar seu entendimento de ser a EIRELI uma sociedade unipessoal, até porque a justificativa para o projeto de lei que instituiu a EIRELI dizia que o projeto tinha por objetivo instituir a sociedade unipessoal.

Também, Marlon Tomazette não traz argumentos convincentes sobre o seu posicionamento, limitando-se a dizer que, pelo fato da lei ter introduzido o inciso VI no art. 44, do código civil, seria a EIRELI uma nova espécie de pessoa jurídica. E também porque seria uma contradição lógica uma sociedade com uma pessoa só.

Assim, dessa forma, parece mesmo é que o legislador brasileiro criou um *Cthullu*, um monstro composto de diversas partes de institutos diferentes, na tentativa de instituir uma forma de limitar a responsabilidade no exercício individual da atividade empresária.

7. REFERÊNCIAS

- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.





Capítulo V

A (in)constitucionalidade do uso do Uber para fins de transporte pelo Município de Salvador

Lyellen Silva Fernandes

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.





A (in)constitucionalidade do uso do Uber para fins de transporte pelo Município de Salvador

Resumo: Este trabalho tem como objetivo demonstrar a (in)constitucionalidade da decisão da Prefeitura de Salvador, proibindo o transporte Uber no Município. O artigo pressupõe uma análise da distribuição de competência na Federação brasileira: examina-se as competências da União, Estados e Municípios, de acordo com a Constituição Federal. Também considera-se para esse trabalho uma análise, no bojo do debate, sobre a liberdade de iniciativa e concorrência que existe no nosso país, correlacionando com a ideia do poder de escolha do consumidor. Posteriormente, analisa-se mais precisamente o caso Uber, explicando o que vem a ser esse serviço. Por fim, chegamos a uma conclusão se poderia ou não o Município de Salvador interferir neste âmbito, como fez com o projeto de lei 251/2015.

Palavras-chave: Competência. Federação. Trânsito. Transporte. Inconstitucionalidade. Constituição Federal.

Sumário: 1. Introdução — 2. Distribuição de competências na federação brasileira: 2.1. Competência da União. 2.2. Competência dos estados; 2.3. Competência dos municípios — 3. Liberdade de iniciativa e concorrência — 4. O uso do Uber e o juízo sobre a (in)constitucionalidade — 5. Conclusão — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido, recentemente, acerca dos novos meios de transporte que estão a surgir em nossa sociedade, num mundo capitalista, corrido, onde o que se almeja, todos os dias, é chegar ao seu local de trabalho com um mínimo de conforto para poder produzir bem, ou então, poder marcar alguma diversão no final de semana e não se preocupar com os temerosos bafômetros ou os altos preços dos taxis.

Bom, é com o intuito de tornar a vida humana menos difícil que as novas tecnologias vêm surgindo, seja um novo aplicativo para pedir comida ou para se transportar rapidamente e com preço justo de um lugar a outro.

Porém, ao mesmo tempo que surgem opções para facilitar nosso dia-a-dia, surgem conflitos e divergências sobre o mesmo tema. Isso é o que vem acontecendo com o aplicativo Uber, que é um novo serviço particular de transporte individual. Grandes debates estão nascendo a respeito deste tema e será o objetivo deste artigo analisar, na verdade, o que é esta novidade e se é constitucional ou não os Municípios estarem legislando a respeito desse assunto.

Para examinar esse caso, promover-se-á uma análise sobre as competências dos entes federativos de acordo com a Constituição Federal, posteriormente, uma breve observação acerca dos princípios da livre-iniciativa e livre concorrência e por fim examinar-se-á a (in) constitucionalidade do Município de Salvador, na PL nº 251/2015, onde este declarou ilícita a atividade da Uber.

2. DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA FEDERAÇÃO

A distribuição de competência da Federação Brasileira tem como fundamento a teoria da predominância de interesse. É com essa teoria que o estado irá delimitar a função de cada ente federativo, evitando a concentração de interesses que havia durante o período Republicano, na União.¹ A Constituição Federal de 1988 adota esse princípio que *a priori* é um princípio complexo², buscando uma estabilidade na federação.³ Entende-se por ‘estabilização federativa’ a repartição de competências que a lei maior designou a cada ente federativo. Essa repartição tem como objetivo entregar a cada ente federativo o seu papel dentro da federação, fazendo com que, assim, cada ente tenha seu papel delimitado, evitando-se a interferência de um ente à função que é devida a outro integrante do estado federal.

Preleciona Dirley da Cunha Jr que⁴: “o objetivo da Constituição foi atingir um federalismo de equilíbrio entre União, os Estados e os Municípios. Para esse fim, adotou-se uma repartição de competências informada pelo princípio geral da predominância do interesse”.

De acordo com a teoria da predominância de interesse, em se tratando de interesse local, será hipótese de competência do Município; hipóteses de interesse concernente a mais de uma localidade, transpas-

1 CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 696.

2 Complexo pois reúne uma repartição de competência horizontal e vertical conjuntamente.

3 SILVA, Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 482. 23 abr. 2016.

4 CUNHA JR, Dirley da. *Op. cit.*, 2014, p. 697.

sando interesses de mais de um Município, teremos competência Estadual; já, se tratando de interesse concernente a um Estado, mais de um Estado ou de Municípios localizados em territórios distintos, terem-se aqui interesse da União.⁵

Fazendo um breve análise sobre as repartições de competências relativas à cada ente federativo, de acordo com a Constituição Federal, percebe-se que o Brasil adotou um sistema horizontal e outro vertical de distribuição de competências.

Entende-se por repartição de competência horizontal quando há a atuação separada e independente entre as entidades da federação. É uma distribuição fechada, isolada.⁶ Aqui serão outorgadas competências privativas ou exclusivas, onde só as entidades que titularizam desse poder poderão exercer. Aqui não pode um ente interferir na competência privativa do outro sob pena de inconstitucionalidade. As competências que foram definidas horizontalmente no Estado Brasileiro, podemos encontrar assim: competências privativas enumeradas para a União, privativas remanescentes para os Estados; privativas enumeradas genericamente para os Municípios.⁷

Entende-se por repartição de competência vertical, o sistema que não se divide poderes, mas sim, há uma atribuição conjunta de competências aos Entes Federados (União, Estados e Municípios). Estes atuam concorrentemente sobre determinados assuntos, ma-

5 SILVA NETO, Manuel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 367.

6 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 744.

7 *Idem. Ibidem*, p. 698.

térias que são idênticas entre si. Temos neste âmbito a União editando normas gerais, os Estados e o Distrito Federal com a competência de suplementar (completar) dessas normas, caso necessário.⁸ Temos aqui as chamadas competências concorrentes e comuns.

Tem-se na Federação Brasileira cinco tipos de competências. São elas: 1) Exclusiva: inadmitem delegação a outro ente federativo; 2) Privativa: Quando a competência é do ente mas ele pode delegar, transferir a outro ente essa competência; 3) Comum: quando a competência é concedida a todos os entes da federação, para atuarem em conjunto. 4) Concorrente: quando há a oportunidade de mais de um ente tratar sobre a mesma questão; 5) Suplementar: há aqui a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios de especificarem as normas criadas pela União, ou a competência de suplementarem, ou seja, criarem a norma, na falta destas.⁹

2.1. Competência da União

De acordo com a Constituição Federal, a União possui competências materiais e legislativas, como já foi trazido acima, competência material se refere a assuntos políticos-administrativos e a competência legislativa se refere a elaboração de leis. Concernente a competência material da União temos: Competência Material Exclusiva (art. 22, Constituição Federal); Competência Material Comum (art. 23, Constituição Federal¹⁰).

8 *Idem. Ibidem*, p. 699.

9 *Idem. Ibidem*, p. 700.

10 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 maio 2016.

A competência Material Exclusiva da União encontra-se no art. 21, CF. Como bem leciona Gilmar Ferreira Mendes, neste artigo a lei maior trata sobre competências gerais da União.¹¹ Entende-se aqui por geral, ser um artigo amplo, que trata de assuntos abrangentes, como por exemplo:

I — manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; VI — autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico; XIII — organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios.

Já, a Competência Material Comum encontra-se no art. 23, CF. Esse dispositivo trata sobre competências comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Aqui todos os entes federados são tidos aptos para desenvolver essas atividades trazidas no artigo 23. O STJ já trouxe o entendimento de que é impossível qualquer destes entes abdicarem dessas competências recebidas pela lei maior, em matéria de competência comum (concorrente), nem podem transferir esta para outro ente federativo.¹²

O intuito desse dispositivo (art. 23) é trazer a cooperação nacional entre seus membros. Caso haja um conflito entre esses entes, ressalta Gilmar Mendes, que mesmo não havendo hierarquia entre os entes que compõem a Federação, pode-se falar em hierar-

11 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 837.

12 ADI 2.544. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391370>>. Acesso em: 05. maio 2016.

quia de interesses, em que os interesses mais amplos (da união) devem preferir os mais restritos (dos estados).¹³

No que tange a competência legislativa, tem-se a competência legislativa privativa da União está listada no art. 22, CF, e temos a competência legislativa concorrente, disposta do art. 24, CF.

A competência privativa (art. 22, CF) é aquela que a União pode delegar a sua produção aos Estados-Membros. Neste artigo está inserido assuntos de extrema importância, que são do interesse de todo Estado Federal, por isso há a possibilidade de que a União delegue aos Estados, por ser, também, de interesses destes, legislar sobre tais matérias. De acordo com o parágrafo único, essa delegação se dará por meio de lei complementar federal, que poderá autorizar outros estados da federação a editarem leis sobre questões específicas existentes nesse dispositivo. Gilmar Mendes ainda ressalta que, quando a união decide optar por delegar essa função, “nada impede que a União retome a sua competência, legislando sobre o mesmo assunto, uma vez que a delegação não se equipara à abdicação de competência”.¹⁴

Por fim, no que tange a União tem-se a competência legislativa concorrente. Aqui tem-se uma competência conjunta entre os Estados e o Distrito Federal. Esses entes irão atuar concomitantemente, porém, em níveis diferenciados. De acordo com essa com-

13 MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, 2011, p. 840.

14 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 838.

petência, quando a União se omitir na produção de normas Federais, os Estados ou o Distrito Federal poderão produzir essas normas de forma plena. Caso a União já tenha legislado, os Estados e Distrito Federal poderão complementar, especificar estas.

Concernente a competência para legislar sobre a matéria de Trânsito e Transporte, esta é privativa da União, de acordo com o artigo 22, inciso XI, Constituição Federal: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XI — trânsito e transporte.”

Vimos que, em princípio, Estados e Municípios não podem legislar sobre esta matéria. A oportunidade para legislar sobre aspectos concernentes a essa matéria se dá somente diante delegação feita pela União, por meio de lei complementar.¹⁵

Para individualizar e explicar melhor o que vem a ser trânsito e transporte recorreremos a Lei n° 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro, onde ela traz em seu Art. 1°, § 1°:

Art. 1° O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código.

§ 1° Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos,

15 TORRES, Laureano Michel. *A reiterada violação da competência privativa da União para legislar sobre trânsito pelos Estados, Distrito Federal e Municípios*. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-reiterada-violacao-da-competencia-privativa-da-uniao-para-legislar-sobre-transito-pe-los-estados-distrito-fed,48290.html>. Acesso em: 15 abr. 2016.

conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.

De acordo com esse dispositivo tudo que estiver relacionado a veículos, conduzidos ou não, se refere a matéria de trânsito, sendo, portanto, competência privativa da União.

2.2. Competência dos Estados

Assim como a União, a Constituição Federal elencou competências aos Estados, delimitando suas competências materiais e legislativas. Cabe trazer à baila que essas competências não foram trazidas taxativamente assim como as da União, mas sim, a nossa Lei Maior adotou a técnica dos poderes remanescentes ou reservados. Começaremos pela competência material privativa (art. 25, § 1º e 2º). No tocante a competência material privativa, de acordo com o § 1º, são reservados aos estados as competências que não são vedadas a estes pela Constituição Federal.¹⁶

Então, o critério aqui para a competência privativa dos estados é de exclusão: o que não foi enumerado para a União, de acordo com o artigo 21, CF, nem para os Municípios, que irá se analisar mais à frente, será de competência privativa dos Estados.

Concernente a competência material Comum (art. 23) aqui no Estados é a mesma Competência Comum da União, já analisada por nós tópico acima.

16 CUNHA JR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 714.



Atinente a competência legislativa temos: na competência legislativa privativa (art. 25, §§ 1º e 3º; art. 18, § 4º, CF) que continua sendo regida pela técnica dos poderes remanescentes e reservados, ou seja, aquilo que a Constituição Federal não delimitou a União (art. 22), tão pouco aos municípios (art. 30, I) será reservados aos Estados legislar sobre tais matérias.¹⁷ A competência legislativa concorrente (art. 24, CF) os Estados poderão efetuar junto à União.

2.3. Competência dos Municípios

Referente aos Municípios, antes de analisar especificamente suas competências, cabe trazer à baila uma leve introdução a respeito desse ente federativo:

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, o Estado Brasileiro é formado pela união indissolúvel dos estados e Municípios e do Distrito Federal¹⁸. O modelo adotado pelo Brasil foi a estrutura Tríplex¹⁹ pois, além do artigo 1º da Constituição Federal, reitera-se com o artigo 18º da lei maior. Com isso, pode-se afirmar que o município foi elevado a situação de ente federativo, com base neste dois dispositivos constitucionais acima citados.

Porém, há uma corrente, inclusive defendida por Gilmar Mendes, que não enxerga os municípios como entes federativos. Esta corrente usa como argumen-

¹⁷ *Idem. Ibidem*, p. 715.

¹⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...]”

¹⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Almeida. *Competências na Constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59.



tos: 1) O município não goza de representante no Senado federal; 2) Os municípios não possuem Poder Judiciário, como ocorre com os Estados e a União.²⁰

Entretanto, este artigo não corrobora a última posição. Acredita-se que os Municípios são sim entes federativos, esses não possuem judiciário próprios mas há sim juízes habitantes da esfera Municipal. Concernente a não representatividade do Senado Federal também não se concorda com esse argumento, isso pois os cidadãos habitantes nos Municípios exercem seu sufrágio, votando a cada 4 anos para Senador. Por tudo isso acredita-se que os Municípios são sim possuidores de competências próprias, assim como a União e o Distrito Federal. Nesse diapasão, ressalta Dirley da Cunha Jr que:

Constituição Federal Republicana delimitou uma complexa partilha de competências e conferiu a todas as entidades autônomas capacidade de auto-organização, autogoverno, auto-administração e auto-legislação, pode-se sustentar que todos esses entes políticos, sem exceção, integram a Federação brasileira, dispondo, todos, de dignidade federativa.²¹

Diante dessa última posição abordada, analisar-se-á as competências referentes aos municípios, com objetivo de delinear, mais especificamente, tais competências.

Essa análise será iniciada pela competência legislativa. Tem-se a competência legislativa privativa dos

20 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 847.

21 CUNHA JR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 716.

municípios (art. 30, I, CF) e a competência legislativa suplementar (art. 30, II, CF). A competência legislativa privativa, segundo art. 30, I, Constituição Federal, equivale no poder que o município possui de criar leis de interesse local: “Art. 30. Compete aos Municípios: I — legislar sobre assuntos de interesse local.”

De acordo com Bernardo Gonçalves, o interesse local aqui entende-se por interesse **predominantemente** local.²² Defende, da mesma forma Dirley Cunha, que o interesse local não é interesse apenas exclusivo do Município, mas sim um interesse predominante do Município, devendo afetar ao ente de modo direto.²³ No tocante a competência legislativa suplementar, prevista do inciso II, art. 30, Constituição Federal, cabe aqui os Municípios complementarem as Leis Federais e Estaduais, dentro de suas competências.

Referente a competência material dos Municípios tem-se: competência material privativa (art. 30, III, IV, V, e VIII, art. 144, § 8º) que dá poder aos Municípios de tratarem sobre os interesses locais predominantemente, relacionados a: tributos, criar e suprimir distritos, de acordo com o art. 30. Já, concernente ao art. 184, § 8ª dá ao Município poder de constituir guarda municipal para a proteção de seus bens, serviços e instalações²⁴. Sobre a competência material comum dos Municípios temos (Arts. 23 e 30, VI, VII, IX):

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I — zelar

22 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 750.

23 CUNHA JR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 723.

24 *Ibidem*, p. 725.

pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II — cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Entende-se por aquela compartilhada entre a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, que envolve interesses de todo o Estado Federal. Aqui tem-se competências exercidas conjuntamente. Aqui o intuito é que os Poderes Públicos cooperem na efetivação de tais tarefas.²⁵

3. LIBERDADE DE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA

Sobre o caso em questão, cabe trazer à baila uma análise acerca dos princípios basilares da nossa sociedade, sendo eles a livre-iniciativa e a livre concorrência.

A Constituição Federal do Brasil se funda em alguns valores, dentre eles pode-se citar: livre-iniciativa e valores sociais do trabalho (art. 1º, IV), liberdade de exercício do trabalho (art. 5, XIII), como traz Canotilho²⁶ no seu parecer, esses valores se encaixam diretamente com os princípios da livre iniciativa (art. 170, Constituição Federal) e livre concorrência (art. 170, inciso IV).

O princípio da livre-iniciativa (art. 170, *caput*) é um dos fundamentos da nossa estrutura política, é um dos fundamentos do Estado Democrático de Di-

25 ALMEIDA, Fernanda Dias Almeida. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 113.

26 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Parecer*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2016.



reito²⁷. Entende-se por Livre-iniciativa a liberdade que é assegurado a todo indivíduo de explorar uma atividade econômica. Preleciona Daniel Sarmiento que: “A garantia da livre iniciativa estimula o empreendedorismo, gerando maior riqueza social”.

A Constituição Federal, em seu art. 173 ressalta que “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Ou seja, interpretando o artigo, percebe-se que a intervenção estatal é exceção, acontece quando o estado precisa regulamentar uma profissão que possui requisitos objetivos e impacta diretamente da sociedade, como por exemplo: médicos, advogados.²⁸ Nesses casos citados faz-se necessário a intervenção estatal e sua regulamentação.

Porém, ressalta-se que a regra é a não intervenção do Estado Federal e a livre-iniciativa. O referido princípio só poderá sofrer intervenção estatal por meio do poder legislativo²⁹ e este deverá respeitar os limites mínimos do supracitado princípio.

Canotilho atesta que “mas esta justificada intervenção legal não pode, sem mais, ser tornada extensiva à generalidade das atividades econômicas privadas,

27 TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 234.

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Parecer*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2016.

29 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 203.





A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO USO DO UBER PARA FINS DE TRANSPORTE PELO MUNICÍPIO...

ou, replicando ao texto constitucional, “a qualquer trabalho, ofício ou profissão”.³⁰

Defende Eros Grau que quando a Lei Maior traz, no seu artigo 170, a livre iniciativa precedida do trabalho humano está trazendo uma valorização ao trabalho humano, dando uma maior proteção a este.

Cabe ressaltar aqui que não há direitos ou princípios absolutos. Deve haver uma ponderação entre esses para que não venha a ferir outros direitos existentes na nossa Lei Maior. Essa mesma ideia se aplica a livre-iniciativa, esta deve sofrer os limites naturais do sistema. Afirma Tavares que a livre-iniciativa pode sofrer condicionamentos de acordo com os interesses sociais e a realização da justiça social, esta deve ser exercida dentro dos limites que serão analisados por ponderação.³¹

Conectado ao princípio da livre-iniciativa tem-se o princípio da livre concorrência, contemplada pela Constituição Federal em seu artigo 170, inciso IV. Entende-se por livre concorrência uma sociedade de vários competidores usufruindo de posição isonômica. A livre concorrência não aceita o monopólio, mas sim o livre mercado³². Tavares conceitua o princípio da livre concorrência como “livre concorrência é a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”. A livre concorrên-

30 CANOTILHO, José Joaquim Gomes *Op. cit.*

31 TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 239.

32 TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 256.



cia é consequência lógica da livre-iniciativa; seria um desdobramento desta.

É com a junção da livre-iniciativa e da livre concorrência que o mercado se equilibra, trazendo benefícios ao consumidor, que será o receptor final dos produtos e serviços. Assevera Celso Ribeiro Bastos que a concorrência e a competitividade leva a otimização dos recursos econômicos e a preços honestos, evitando os grandes enriquecimentos e abusos dos fornecedores de serviços ou produtos.³³ Aqui o consumidor terá um maior leque de opções para fazer jus ao seu direito de escolha individual.

Daniel Sarmento ressalta sobre os benefícios da livre concorrência:

Ademais, ela se liga à garantia da igualdade de oportunidades entre os agentes econômicos, na medida em se concretiza por meio da disputa equânime dos competidores no mercado, que é incompatível com a criação de privilégios ou imposição de barreiras estatais que beneficiem ou prejudiquem quaisquer deles³⁴.

Após a análise desses dois princípios abarcados pela nossa Constituição Federal, conclui-se que a livre-iniciativa e a livre concorrência andam de mãos dadas para tutelar um bem maior que são os interes-

33 BASTOS, Celso Ribeiro. (1998: 455) *Apud* TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 257.

34 SARMENTO, Daniel. PARECER: *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2016, p. 10.





ses do consumidor; é este a parte mais vulnerável da relação que deve ter sua esfera de direitos protegida.

4. O USO DO UBER E O JUÍZO SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Pelo foi já foi aqui analisado até o presente momento, referente a competência constitucional de cada ente federativo e aos princípios, iniciar-se-á uma exploração sobre a (in)constitucionalidade do uso do Uber, assunto este que tanto vem sendo motivo para debates recentes em nosso país.

Primeiro, cabe aqui fazer uma explicação do que é a Uber. Bom, a Uber é uma empresa internacional, que presta um serviço de transporte de pessoas individual e particular. Essa empresa funciona por meio de um aplicativo que faz a conexão entre o motorista e seu cliente. Encontra-se hoje na Uber uma nova opção de locomoção aos consumidores que precisam se descolar e não abrem mão de um conforto, segurança e um preço acessível.

Caminhando sobre o tema, tem-se uma tarefa difícil: conceituar o que é, na verdade, esse transporte intitulado como Uber; qual sua natureza jurídica e onde ele se encaixa no nosso sistema. Para isso este artigo buscou na Lei de Mobilidade Urbana, Lei Federal nº 12.587/2012. Essa lei conceitua em seu artigo 4º, inciso I, o que é transporte público e elenca algumas modalidades de transportes nos seus outros incisos.

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

I — transporte urbano: conjunto dos modos e serviços de transporte público e privado utilizados para

o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; [...]

VI — transporte público coletivo: serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público;

VII — transporte privado coletivo: serviço de transporte de passageiros não aberto ao público para a realização de viagens com características operacionais exclusivas para cada linha e demanda;

VIII — transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas;

A lei traz algumas modalidades de transporte, porém, percebe-se que esta foi omissa em certo ponto, isso porque o transporte Uber não se encaixa a nenhuma dessas modalidades.

Conceitua-se o transporte Uber como um transporte privado individual.³⁵ Esse modelo de transporte não foi trazido pela Lei nº 12.587/2012. Não temos no nosso ordenamento nenhuma regulamentação desse tipo de transporte privado. Sabe-se que, por conta da ausência de regulação específica, nada pode ser considerado ilícito, como traz nosso princípio da Legalidade, tanto explorado por nosso direito. De acordo

35 MONTEIRO, Renato Leite. *Proibição da Uber: a inconstitucionalidade do PL 349/2014 do Município de São Paulo*. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI223011,41046-Proibicao+da+Uber+a+inconstitucionalidade+do+PL+3492014+do+Municipio>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

com esse princípio, não será nenhuma conduta ilícita enquanto não houver norma que a reprovar.³⁶

O transporte Uber não se encaixa no transporte público especificado pela lei 12.587/2012, muito menos do transporte motorizado privado. Como traz Renato Monteiro³⁷ em seu artigo, a Uber não é um transporte motorizado privado, mas sim um serviço. Entende-se por transporte motorizado um meio de transporte particular, como por exemplo um proprietário utilizando seu próprio carro, continua Monteiro.

Para analisar-se mais profundamente a questão, do princípio da Legalidade, pode-se interpelar a função do Estado de direito, que é o princípio que vige hoje no Brasil. Entende-se por Estado de Direito aquele Estado ou aquela figura de sistematização político-estadual, de qual a atividade é delimitada, regida pelo direito.³⁸ Canotilho, para conceituar Estado de direito, ele traz o que seria o Estado de não direito, que é aquele que o próprio poder público não respeita os limites jurídicos, não respeita os direitos

36 OLMOS, Olívia Martins de Quadros. FAVERA, Rafaela Bolson Dalla. *A polêmica em torno do aplicativo Uber no Brasil: argumentos de direito contra e a favor da sua manutenção*. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14260/2702>>. Acesso em: 24 maio 2016.

37 MONTEIRO, Renato Leite. *Proibição da Uber: a inconstitucionalidade do PL 349/2014 do Município de São Paulo*. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI223011,41046-Proibicao+da+Uber+a+inconstitucionalidade+do+PL+3492014+d+o+Municipio>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

38 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2016, p. 4.

individuais de liberdade³⁹. Estado de Direito é um âmbito tutelado pelo ordenamento que abarca direitos e liberdades dos cidadãos.

Pela por noção de Estado de Direito traz-se o argumento de que: vige no Brasil a liberdade e se o direito não abarcou tal ato (Uber) como ilícito, a liberdade concedida pelo Estado Democrático de Direito concede essa autonomia, essa emancipação de poder, o cidadão, se manifestar como melhor lhe aprouver.

Se a Uber não está tipificada, não está proibida pelo nosso ordenamento jurídico, sendo assim, automaticamente, esta é permitida.⁴⁰ O transporte Uber hoje é tido como um transporte de natureza jurídica diverso dos meios de transportes já existentes e ainda não tutelado pelo ordenamento do Estado Brasileiro.

Dessa forma também se manifestou a OAB/DF em seu parecer contra a PL 282/2015, onde o Distrito Federal proibia o uso do aplicativo Uber. A OAB/DF ressalta que “diante da ausência de regulação do serviço de transporte oferecido de forma privada, estes não podem ser considerados ilícitos sob pena de ofensa ao princípio do livre exercício da atividade econômica”.⁴¹

Percorrendo a lei de Mobilidade Urbana, encontra-se em seu art. 12 a delegação para o Município de legislar sobre a matéria concernente a serviços de utilidade pública de transporte individual de passa-

39 *Ibidem*, p.4.

40 HARCK, Érico. *Noções Preliminares do Direito Administrativo e do Direito Tributário*. 2 ed. Curitiba: IBPEX, 2008, p. 33.

41 OAB/DF. *Parecer*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-uber.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

geiros.⁴² Como se viu, a Uber não é um transporte que se encaixa em utilidade pública pois a lei não lhe deu essa natureza. A Uber é um transporte privado individual, não sendo, assim, de competência Municipal.

Preocupa-se a questão a proibição de condutas. É sabido que a tipificação de uma conduta como ilícita tende a trazer conflitos na sociedade. Dessa forma, a proibição da Uber não seria uma boa forma de se solucionar os conflitos que estão surgindo a respeito dessa novidade no âmbito dos serviços particulares de transporte individual. Isso foi trazido e defendido pelo vereador paulista José Police Neto, que se manifestou sobre a proibição da Uber no Município de São Paulo. A saída para esses conflitos é a regulamentação da novidade e não sua proibição. "Temos que caminhar para a regulamentação, que dá mais trabalho. Mas é melhor todos sentarem à mesa para decidir do que apostar em algo que tem fracassado".⁴³

Cabe evidenciar-se aqui, novamente, a questão da escolha liberdade de escolha do consumidor, já trazida acima quando tratados os princípios da livre-iniciativa e livre concorrência. Ora, o consumidor é a parte mais interessada nesse debate, é ele quem vai usufruir do serviço e onde ele se encontra nessa demanda? Os

42 BRASIL. *Política Nacional de Mobilidade Urbana*. Brasília, DF. Senado, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016, p. 5.

43 Em *A Tarde: Audiência pública debate lei que proíbe Uber em Salvador*. Disponível em: <<http://www.oab-ba.org.br/single-noticias/noticia/em-a-tarde-audiencia-publica-debate-lei-que-proibe-uber-em-salvador/?cHash=e40893aa4aad1c8e792f13e592723b86>>. Acesso em: 21 maio 2016.

seus direitos estão sendo postos em pauta? Sabe-se que o consumidor tem direito de exercer a sua livre escolha, como ressalta Daniel Sarmento: “A ampliação da concorrência tende a ser benéfica ao consumidor”.⁴⁴

Na Federação Brasileira vigora o princípio da Liberdade⁴⁵, ou seja, o que não está proibido expressamente por lei está permitido. Portanto, o consumidor, utilizando-se desse princípio, tem o poder de escolher o melhor para si, quais serviços melhor satisfazem suas necessidades. Esse poder que é inerente a relação de consumo e deve ser ofertado ao consumidor em no que concerne a prestação de serviços de transporte individual particular de pessoas.

A defensora pública baiana, Mônica Soares, ressaltou também que os direitos da massa dos potenciais consumidores dos serviços prestados pela Uber precisam ser resguardados.⁴⁶

Assevera André Ramos Tavares que a força da liberdade do consumidor vem sido restringida e um dos pontos que convergem para essa consequência é, por exemplo, os meios de produção em massa, que, na sua maioria das vezes, são impostos aos consumidores.⁴⁷

44 SARMENTO, Daniel. PARECER: *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2016, p. 30.

45 TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 176.

46 NUNES, Priscilla. *Defensoria participa de audiência pública sobre a legalidade do Uber*. Disponível em: <<http://jurisbahia.com.br/defensoria-participa-de-audiencia-publica-sobre-legalidade-do-uber/>>. Acesso em: 19 maio 2016.

47 TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 177.

Como exemplo o autor cita os inúmeros contratos de adesão que o consumidor acaba fechando, sem nenhum outro tipo de escolha. Trazendo essa ideia ao que está sendo analisado no presente artigo, vê-se o comportamento dos Municípios ao imporem uma única alternativa de transporte particular individual ao consumidor: os famosos táxis. Continua Tavares:

Assim, a vontade real das partes ao celebrarem um acordo, realizarem uma venda e compra, uma aquisição de mercadoria ou serviço há de ser realçada, em nome da própria liberdade individual consagrada constitucionalmente. Não há liberdade ou opção de escolha a vontade (e consciência) individual foi viciada ou menosprezada.

No seu parecer Daniel Sarmento traz o argumento de que a Uber se torna até mais segura que os tradicionais táxis. Isso porque, quando você aciona o serviço, automaticamente, já si tem ciência de qual profissional irá lhe atender, tem acesso a foto, informações sobre o motorista.⁴⁸

Filiando a esse entendimento a ministra do STJ se posicionou sobre o caso, defendendo que primeiramente deve se analisar a vontade do consumidor, antes do Estado ditar regras de tornar lícita ou ilícita uma atividade.⁴⁹

48 SARMENTO, Daniel. PARECER: *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2016, p. 33.

49 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INTERNET. *Palestra da Min. Nancy Andrighi*. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/noticias/ministra-do-stj-diz-que-municipios,-distritos-e-estados-noa-podem-legislar-sobre-Uber0828.html#.VIEYVnarTIU>>. Acesso em: 17 maio 2017.

Cabe abarcar aqui a exame também a súmula vinculante 46 do Supremo Tribunal Federal: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.⁵⁰ Por analogia pode-se dizer que se é vedado a lei que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em uma determinada área, ora, será vedado, no mesmo sentido, a proibição de um serviço de transporte individual particular que se assemelhar aos serviços prestados pelos táxis.

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se que o Município de Salvador não possui competência para legislar sobre o transporte Uber, como fez com a PL 251/2015, pois, como foi exaustivamente explicado no tópico 2, legislar sobre trânsito e transporte é competência privativa da União. Os Municípios só poderiam exercer tal papel caso a União delegasse essa tarefa a eles, caso que ainda não ocorreu.

O serviço não é clandestino, muito menos ilícito, pois, como foi ressaltado nos tópicos anteriores, o que não está proibido por lei, está permitido. Caberia a União, por meio de Lei Federal, dizer se o transporte Uber é lícito ou ilícito. Ou, a União poderia, também por meio de lei complementar, delegar essa função ao Município, porém, fato que não ocorreu.

50 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula Vinculante 49*. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2506>>. Acesso em: 20 maio 2016.

A Uber não é regulamentada pelo Direito, é um transporte particular individual de pessoas e não transporte público, como os táxis; por isso, não poder ser interpretada como algo *contra legem*. Como defendido, a falta de regulamentação de uma atividade não a torna ilícita, por isso, seu exercício não deve ser de nenhuma forma impedido.

Concernente aos princípios basilares da livre-iniciativa e livre concorrência conclui-se que, embora nenhum princípio deva ser interpretado como absoluto, estes devem ser obedecidos e respeitados nos seus limites, utilizando-se de técnicas como ponderação. Esses princípios dão o norte de que, não sendo a forma de trabalho ilícita, esta deve ser respeitada, pois, é com a livre-iniciativa e a livre concorrência que o mercado se equilibra, tendo como grande beneficiado o consumidor, que é a parte mais vulnerável da relação em debate.

Ademais, não poderia o Município legislar sobre serviços de transporte privado individual por ausência de competência outorgado pela lei maior. Deve-se, levando em conta o âmbito de crise que está se vivenciado no Brasil, regulamentar esse serviço de transporte particular individual, onde o custo-benefício é de grande valia para a sociedade. Deve-se abraçar essa novidade que veio apenas para somar e se tornar mais uma opção aos consumidores.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Almeida. *Competências na Constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INTERNET. *Palestra da min. Nancy Andrighi*. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/noticias/ministra-do-stj-diz-que-municipios,-distritos-e-estados-noa-podem-legislar-sobre-Uber-0828.html#.VIEYVnarTIU>>. Acesso em: 17 maio 2017.

A TARDE. *Audiência pública debate lei que proíbe Uber em Salvador*. Disponível em: <<http://www.oab-ba.org.br/single-noticias/noticia/em-a-tarde-audiencia-publica-debate-lei-que-proibe-uber-em-salvador/?cHash=e40893aa4aad1c8e792f13e592723b86>>. Acesso em: 21 maio 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 maio 2016.

_____. *Política Nacional de Mobilidade Urbana*. Brasília, DF. Senado, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. *ADI 2.544*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391370>>. Acesso em: 05 maio 2016.

_____. *Súmula Vinculante 49, Superior Tribunal de Justiça*: Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2506>>. Acesso em: 20 maio 2016.

CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Parecer*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2016.

NUNES, Priscilla. *Defensoria participa de audiência pública sobre a legalidade do Uber*. Disponível em: <<http://jurisbahia.com.br/defensoria-participa-de-audiencia-pu>>

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO USO DO UBER PARA FINS DE TRANSPORTE PELO MUNICÍPIO...

blica-sobre-legalidade-do-uber/>. Acesso em: 19 maio 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

HARCK, Êrico. *Noções Preliminares do Direito Administrativo e do Direito Tributário*. 2. ed. Curitiba: IBPEX, 2008.

NETO, Manuel Jorge Silva. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Renato Leite. *Proibição da Uber: a inconstitucionalidade do PL 349/2014 do Município de São Paulo*. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI223011,41046-Proibicao+da+Uber+a+inconstitucionalidade+do+PL+3492014+do+Municipio>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

OAB/DF. *Parecer*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-uber.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

OLMOS, Olívia Martins de Quadros. FAVERA, Rafaela Bolson Dalla. *A polêmica em torno do aplicativo Uber no Brasil: argumentos de direito contra e a favor da sua manutenção*. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14260/2702>>. Acesso em: 24 maio 2016.

SILVA, Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SARMENTO, Daniel. *PARECER: Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2016.



LYELLEN SILVA FERNANDES

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TORRES, Laureano Michel. *A reiterada violação da competência privativa da União para legislar sobre trânsito pelos Estados, Distrito Federal e Municípios*. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-reiterada-violacao-da-competencia-privativa-da-uniao-para-legislar-sobre-transito-pelos-estados-distrito-fed,48290.html>. Acesso em: 15 abr. 2016.



Capítulo VI

A importação de sementes
de maconha e o (im)possível
enquadramento da conduta
como tráfico de drogas

Matheus Campos de Freitas

Graduando no curso de Direito pela da Faculdade Baiana de Direito
e Gestão. E-mail: matheus.campos.freitas@hotmail.com





A importação de sementes de maconha e o (im)possível enquadramento da conduta como tráfico de drogas

Resumo: O presente artigo tem como escopo trazer à tona a divergência doutrinária e interpretação jurisprudencial acerca da tipicidade da importação sementes de maconha como tráfico de drogas. Avalia-se, de um lado, a compreensão do enquadramento da importação de sementes de maconha como norma equiparada ao tráfico ilícito de entorpecentes, nos termos do art. 33 § 1º, inciso I, da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas). Por outro lado, confronta-se a incidência da referida norma equiparada com a conduta de importar sementes de maconha. Com intuito de desmitificar tal discussão, analisar-se-á a natureza química das sementes de maconha, o seu potencial criminoso, bem como o art. 33 da Lei de Drogas e suas normas equiparadas, situando tal conduta no *iter criminis* do Direito Penal.

Palavras-chave: Drogas. Sementes de maconha. Tráfico.

Sumário: 1. Introdução — 2. Maconha: 2.1. *Cannabis sativa linneu*; 2.2. Substância *tetrahydrocannabinol* (THC); 2.3. Sementes de maconha — 3. Tráfico de drogas e a importação de matéria prima: 3.1. Aspectos



relevantes do *iter criminis*; 3.2. Art. 33 da lei 11.343/06 e normas equiparadas; 3.3. Entendimento jurisprudencial sobre a importação de sementes de maconha — 4. A (a)tipicidade da importação de sementes de maconha: 4.1. Sobre o conceito de tipicidade; 4.2. Tráfico de drogas como norma penal em branco; 4.3. A taxatividade penal e a (a)tipicidade da importação de sementes de maconha — 5. Considerações finais — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas a ocorrência de um fato de relevante interesse social e jurídico vem se tornando cada vez mais frequente no meio social: a importação de sementes de maconha. Diante do posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de equiparar ao crime de tráfico de drogas à conduta de importar matéria-prima destinada a preparação de drogas, conforme o art. 33, §1º, inciso I, da Lei 11.343/06¹, fica o questionamento de se tal conduta se enquadraria no mencionado dispositivo ou se seria conduta atípica.

Destaca-se como relevante o presente estudo pela hodiernidade da questão, afinal, como destacado, são crescentes os casos de importação de sementes de maconha no nosso país, sobretudo de países em que é

1 BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas — Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.



A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA E O (IM)POSSÍVEL ENQUADRAMENTO...

lícito o comércio de maconha, a exemplo da Holanda. Além do mais, trata-se de tema de extrema divergência doutrinária e que não é pacífico nos nossos tribunais.

Para a construção de um posicionamento jurídico acerca do tema, far-se-ão análises de algumas etapas no processo de produção da maconha, relevantes ao estudo, aplicar-se-ão estas condutas ao *iter criminis*, serão analisadas as interpretações dadas às normas equiparadas do art. 33 da Lei de Drogas, bem como decisões judiciais sobre o assunto, para que se chegue a um posicionamento jurídico sobre o tema.

Assim, inicialmente, busca-se tratar da maconha, bem como da *cannabis sativa linneu* — planta da qual se extrai a maconha, e do *tetraidrocanabinol (THC)* — substância fundamental para se fala em maconha.

Em seguida, será examinada a conduta de importação de matéria-prima destinada a preparação de drogas como conduta equiparada ao tráfico de drogas, figura prevista no art. 33, inciso I, da Lei de Drogas, relacionando-se tal tipo incriminador com a importação de sementes de maconha.

Por fim, será examinado a (a)tipicidade da importação de sementes de maconha, matéria polêmica e ainda não pacificada, perpassando pelo conceito de tipicidade, mostrando que a Lei de Drogas trata-se de uma norma penal em branco, até que se chegue a um posicionamento jurídico sobre o assunto.

2. MACONHA

Para uma melhor compreensão do tema em questão, faz-se mister salientar algumas informações so-



bre a planta que pode gerar a maconha (*cannabis sativa linneu*), sobre a substância fundamental para se falar em maconha (THC) e sobre as sementes de maconha. Maconha, para os efeitos da repressão legal, é a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.²

2.1. *Cannabis sativa linneu*

A *cannabis sativa linneu*, em seu estado natural, pode produzir duas drogas ilícitas: a maconha e o haixixe. Estas drogas possuem substância psicoativa de ação perturbadora do sistema nervoso central, alterando a função cerebral e mudando temporariamente a percepção, o humor, o comportamento e a consciência do indivíduo que utiliza.

Ela é a planta por meio da qual se extrai a maconha. A maconha nada mais é do que as folhas e as flores secas da *cannabis sativa linneu*. Portanto, é a *cannabis sativa linneu* a matéria-prima da maconha.³

A Portaria nº 344/98 da ANVISA coloca esta espécie vegetal na lista E, das plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas, sendo vedada sua importação sem autorização especial concedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.⁴

2 BRANCO, Tales Castelo. Princípio ativo da “Cannabis Sativa, L” — Relações com a sua inflorescência e crime impossível. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 523, 1979, p. 320.

3 GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.23.

4 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. *Portaria 344*, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre Substâncias e Medicamentos Sujeitos a Controle Espe-



2.2. Substância *tetraidrocanabinol (THC)*

O THC é a sigla dada para a principal substância psicoativa encontrada na planta *cannabis sativa linneu*, que, logo, se faz presente na maconha, sendo responsável por seus efeitos alucinógenos. Essa sigla vem do nome *tetraidrocanabinol*.⁵

A presença desta substância é imprescindível para o enquadramento da maconha como droga de efeito entorpecente. Portanto, sem a presença do *tetraidrocanabinol* não há que se falar em maconha como droga de efeito entorpecente.⁶ Corrobora este entendimento o Segundo Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Comarca de São Gabriel, que já absolveu um acusado de tráfico de drogas, encontrado com 28,84 gramas de uma erva esverdeada com característica de maconha, após laudo pericial não constatar a presença do THC no material apreendido.⁷

cial. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2016.

- 5 FOGAÇA, Jennifer Rocha Vargas. Mundo Educação. *THC — Principal componente ativo da maconha*. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/quimica/thcprincipal-componente-ativo-maconha.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2016.
- 6 BRANCO, Tales Castelo. Princípio ativo da “Cannabis Sativa, L” — Relações com a sua inflorescência e crime impossível. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 523, 1979, p. 323.
- 7 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Embargos Infringentes nº 70053924718*. Segundo Grupo Criminal. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Julgado em: 14 jun. 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70053924718%26num_processo%3D70053924718%26codEmenta%3D5348246++++&pr>



A Portaria n° 344/98 da ANVISA coloca o THC na lista F, das substâncias de uso proscrito no Brasil.⁸ Entretanto, a ANVISA vem permitindo a importação de medicamentos com THC para tratamentos médicos em casos específicos.

2.3. Sementes de maconha

Tecidas as considerações cruciais sobre a *cannabis sativa linneu* e o *tetraidrocanabinol* (THC), passa-se a análise das sementes de maconha.

As sementes de maconha é o objeto material do presente estudo. Deve-se destacar que as sementes tem potencialidade de gerar a *cannabis sativa linneu*, sendo, portanto, matéria-prima desta. Outro ponto importante a ser destacado é que as sementes de maconha não possuem THC. Além disso, merece ser ressaltado que a Portaria n° 344/98 da ANVISA não faz menção às sementes de maconha.

Como dito anteriormente, nos últimos anos, vem crescendo a ocorrência de casos de importação de sementes de maconha. A importação deste produto pode ter diversas finalidades, como a plantação para

oxstylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&num Processo=70053924718&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Gabriel&dt.Julg=14/06/2013&relator=Nereu%20Jos%C3%A9%20Giacomolli&aba=juris>. Acesso em: 29 abr. 2016.

- 8 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. *Portaria 344*, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre Substâncias e Medicamentos Sujeitos a Controle Especial. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2016.





A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA E O (IM)POSSÍVEL ENQUADRAMENTO...

uso pessoal, para fins medicinais, ou até mesmo para o posterior tráfico. Resta saber se esta conduta deve ser enquadrada como conduta típica.

3. TRÁFICO DE DROGAS E A IMPORTAÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA

O tráfico de drogas é um crime previsto pela Lei nº 11.343/06. De acordo com o levantamento nacional de informações penitenciárias, realizado em junho de 2014 pelo DEPEN — Departamento Penitenciário Nacional, o tráfico de drogas é o crime de maior incidência entre crimes tentados/consumados em relação a todas as ações penais pelas quais respondem as pessoas privadas de liberdade em todo o Brasil.⁹

Este delito pode ser cometido através de inúmeras condutas. Uma dessas condutas é a importação de matéria-prima destinada à preparação de drogas, prevista por uma norma equiparada ao art. 33 da mencionada lei. O presente estudo visa tecer um posicionamento acerca do possível enquadramento das sementes de maconha como matéria-prima à preparação da maconha.

3.1. Aspectos relevantes do *iter criminis*

“*Iter criminis*” é o itinerário do crime, são as etapas que sucedem cronologicamente o desenvolvimen-

9 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgar-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2016.



to do crime. Rogério Greco pondera que do, início até o fim da infração penal, o agente passa por várias etapas, fazendo uma analogia das etapas do crime a uma trilha, até concretizar o plano criminoso.¹⁰

A primeira etapa é a cogitação. Cezar Roberto Bitencourt afirma que é na mente do ser humano que se inicia o movimento criminoso. É uma fase estritamente mental, verificada quando o agente decide praticar determinado delito, antecipando mentalmente o resultado que busca alcançar. Devido à mera elaboração mental do agente, a cogitação não pode ser alcançada pela lei penal.¹¹

O passo seguinte é a preparação para a prática do delito. Denomina-se esta fase de atos preparatórios. Guilherme de Souza Nucci assevera que é o momento em que há a exteriorização da vontade do agente, da ideia do crime, saindo do subjetivismo, para praticar os atos imprescindíveis à execução do crime, mas sem que esteja efetivamente iniciando a execução do crime. O agente apenas prepara para a prática do delito, reunindo elementos que viabilizem o mesmo. Em regra, estes atos não são puníveis, entretanto, há situações em que a própria lei penal prevê o alcance dessas condutas, ocasião em que serão punidas, exemplo são os arts. 289 e 291 do Código Penal.¹²

Os atos executórios correspondem à fase em que se inicia a execução do crime, quando o agente co-

10 GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. V. I. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2015, p. 308.

11 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. V. I. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 533.

12 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 289.





A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA E O (IM)POSSÍVEL ENQUADRAMENTO...

meça a praticar o núcleo do verbo descritivo do tipo incriminador. Uma vez iniciada a execução do crime é que a intervenção penal, em regra, se torna legítima e devida. Diante desses atos o agente poderá consumir a infração penal, quando reunidos todos os elementos da definição legal do delito, falando-se na consumação do delito, ou, em virtude de circunstâncias alheias a sua vontade, a infração poderá não ser consumada, falando-se em tentativa.¹³

O exaurimento é a fase onde se esgota plenamente o delito. Depois de ocorrida a consumação tudo o quanto mais for produzido é exaurimento, que, em regra, é “*post factum*” impunível de forma autônoma repercutindo somente na dosimetria de pena.¹⁴

Segundo Rogerio Grecco, o *iter criminis* é um instituto específico para os crimes dolosos.¹⁵ Luiz Flávio Gomes assevera que o delito do tráfico de drogas só pode ser punido na modalidade dolosa, pois, para praticar qualquer dos núcleos verbais, inclusive das normas equiparadas, o agente precisa ter consciência e vontade livre.¹⁶ A conduta em questão, então, pode ser situada no *iter criminis*, afinal se o agente importa semente de maconha, ele possui consciência e vontade do que está fazendo.

É importante ressaltar que, aqui, só se cabe falar em dolo direto, não havendo espaço para se falar em

13 PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V. I. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 419.

14 GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. V. I. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2015, p. 308.

15 *Ibidem. loc. cit.*

16 GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 167.



dolo eventual, visto que não há assunção do risco de produção do resultado por parte do agente; ou ele importa as sementes de maconha, ou não.

Diante de tal itinerário, resta saber em qual destas fases se enquadraria a conduta de importação de sementes de maconha.

3.2. Art.33 da lei 11.343/06 e normas equiparadas

O *caput* art. 33 da Lei de Drogas coloca como conduta típica a prática de quaisquer dos dezoitos verbos dispostos.¹⁷ Entretanto, não é este dispositivo o objeto do presente estudo, mas uma das normas equiparadas a ele, como já frisado.

O §1º, inciso I, prevê que incorrem nas mesmas penas do *caput* quem importa, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima destinada à preparação de drogas.¹⁸ Fica o questionamento de se a conduta de importar sementes de maconha se enquadraria em tal dispositivo; se seriam as sementes de maconha matéria-prima para a preparação de drogas.

17 GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 165.

18 BRASIL. *Lei 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas — Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.



A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA E O (IM)POSSÍVEL ENQUADRAMENTO...

A favor da subsunção do fato ao tipo penal, destaca-se Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel. Eles entendem que a semente de maconha é matéria-prima para a preparação da maconha. Desse modo, sustentam que o termo “matéria-prima” previsto no art.33 §1º, I da Lei de Drogas refere-se às sementes da planta que originarão as drogas, e que tanto as sementes como plantas e produtos fundamentais constituem matéria-prima da droga.¹⁹

Em sentido contrário, Paulo Queiroz sustenta que não há subsunção do fato à norma porque não é a semente que produz a maconha, mas sim a planta, sendo esta a matéria-prima para a preparação da droga.²⁰

Já Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi sustentam que matéria-prima ou insumo é a substância de que podem ser extraídos ou produzidos os entorpecentes ou drogas que causem dependência física ou psíquica.²¹ Resta saber se tal dicção coaduna-se com a posição de Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel ou com a posição de Paulo Queiroz; se as sementes de maconha seriam matéria-prima da maconha ou se seriam matéria-prima da matéria-prima da maconha, ou seja, matéria prima da *cannabis sativa linneu*.

19 BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.111.

20 QUEIROZ, Paulo. *Adquirir/importar semente de maconha é crime?* Paulo Queiroz. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/adquiririmportar-semente-de-maconha-e-crime/>>. Acesso em: 06 maio 2016, p. 2.

21 GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 92.



3.3. Entendimento jurisprudencial sobre a importação de sementes de maconha

Outro ponto importante que toca o problema se refere a decisões jurisdicionais acerca do tema. É importante frisar que não há um entendimento pacífico sobre a temática, não podendo se falar em jurisprudência consolidada. Há precedentes contra a configuração do crime, assim como precedentes a favor da tipicidade da conduta, formando um conflito entre posições jurídicas.

O Superior Tribunal de Justiça possui apenas um acórdão sobre o tema, *vide*:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEMENTES DE MACONHA. IMPORTAÇÃO CLANDESTINA DE SEMENTES DE *CANNABIS SATIVA*. MATÉRIA-PRIMA DESTINADA À PREPARAÇÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CONDUTA TÍPICA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ACÓRDÃO A QUO QUE SE FIRMOU NO MESMO SENTIDO DA JURISPRUDÊNCIA DESSE SUPERIOR TRIBUNAL.²²

Em tal decisão colegiada, o STJ se posicionou favoravelmente à configuração do delito de tráfico de drogas diante da conduta de importação de sementes de maconha, afirmando que a importação de sementes de

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1546313/SC*. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, Julgado em: 15 out. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1454221&num_registro=201501838966&data=20151105&formato=PDF>. Acesso em: 06 maio 2016.



A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA E O (IM)POSSÍVEL ENQUADRAMENTO...

maconha configura o tipo penal descrito no art. 33, §1º, inciso I, da Lei de Drogas. Tal Tribunal se posicionou sustentando a mesma tese que defendem Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel, ou seja, que as sementes da *cannabis sativa linneu* é matéria-prima destinada à preparação de drogas, que seja a maconha. Muitos Tribunais brasileiros vêm se guiando por este entendimento.

Ainda sobre o STJ, no que se refere a conduta em questão, seus ministros têm decidido, monocraticamente, que a denúncia deve ser recebida por não restar configurada, de plano, a atipicidade.

Por outro lado, diferente posicionamento tem o Tribunal Regional Federal da 1º Região, *in verbis*:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPORTAÇÃO SEMENTE FRUTOS AQUÊNIOS DA PLANTA *CANNABIS SATIVA LINNEU* (MACONHA). INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE PRÁTICA CRIMINOSA. ATIPICIDADE. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO.²³

O TRF mencionado posiciona-se no sentido de que não se pode preparar a droga a partir das sementes de maconha, pois não constitui matéria-prima para preparação de droga e nem possui em si mesma substância capaz de causar efeito entorpecente. Considerando que a semente não possui nela própria as condições e qualidades químicas necessárias para,

23 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1º Região. *Recurso Em Sentido Estrito nº 2570320144013805*. Terceira Turma. Relator: Des. Mário César Ribeiro. Julgado em: 18 nov. 2014. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164687832/recurso-em-sentido-estrito-rse-2570320144013805>>. Acesso em: 06 maio 2016.



mediante transformação, adição etc., produzir a droga proibida, não se obtendo maconha da semente em si, conclui que se trata de fato atípico.

De modo diverso, corroborando a tese do único acórdão proferido pelo STJ sobre a temática, o Tribunal Regional Federal da 4^o Região, posiciona-se no sentido de que a importação de sementes de maconha, amolda-se à conduta típica prevista no art. 33, §1^o, inciso I, da Lei de Drogas, *vide*:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO. ARTIGO 33, §1º, I, DA LEI 11.343/06. APREENSÃO DE SEMENTES DE MACONHA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUITA. NÃO OCORRÊNCIA. POTENCIALIDADE LESIVA CONFIGURADA. AUTORIA E DOLO. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. SÚMULA 709 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.²⁴

Nesse mesmo sentido vem se posicionando o Tribunal Regional Federal da 5^o Região.²⁵

No que se refere ao TRF-3, percebe-se posicionamentos nos dois sentidos, não havendo uma opinião pacífica deste tribunal, *vide*:

24 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4^o Região. *Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 50190913720134047000*. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Fabio Felipe Daher. Relator: Des. Victor Luiz dos Santos Laus. Julgado em: 10 ago. 2013. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112403598/recurso-criminal-em-sentido-estrito-rc-cr-50190913720134047000-pr-5019091-3720134047000/inteiro-teor-112403599>>. Acesso em: 06 maio 2016.

25 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5^o Região. *Habeas Corpus nº 00097748720144050000*. Segunda Turma. Relator: Des. Fernando Braga. Julgado em: 15 jan. 2015. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178273805/habeas-corpus-hc-97748720144050000-al>>. Acesso em: 06 maio 2016.



A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA E O (IM)POSSÍVEL ENQUADRAMENTO...

PENAL. PROCESSUAL PENAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. MATÉRIA-PRIMA PARA PRODUÇÃO DA DROGA. ILÍCITO PENAL. DENÚNCIA REJEITADA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO.²⁶

APELAÇÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE *CANNABIS SATIVA*. LEI Nº 11.343/06, ARTIGO 33, §1º, INCISOS I E II. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECLASSIFICAÇÃO. CRIME DE CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.²⁷

Portanto, diferentemente dos demais TRFs citados, pode-se dizer que o Tribunal Regional Federal da 3º Região ainda não tem um posicionamento definido quanto a tipicidade da conduta de importar sementes de maconha.

4. A (A)TIPICIDADE DA IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA

No que se refere a possível tipicidade da conduta de importação de sementes de maconha como tráfico de drogas, é preciso esclarecer o que é tipicidade,

26 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3º Região. *Recurso em Sentido Estrito nº 00036846720154036181*. Quinta Turma. Relator: Des. Paulo Fontes. Julgado em: 22 fev. 2016. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317165582/recurso-em-sentido-estrito-rse-36846720154036181-sp-0003684-6720154036181>>. Acesso em: 06 maio 2016.

27 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3º Região. *Apelação Criminal nº 00100130320124036181*. Décima Primeira Turma. Relator: Des. José Lunardelli. Julgado em: 26 jan. 2016. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317132032/apelacao-criminal-acr-100130320124036181-sp-0010013-0320124036181>>. Acesso em: 06 maio de 2016.



ponto fundamental para poder se falar em tutela penal, mostrar que a norma penal que prevê o tráfico de drogas trata-se de uma norma penal em branco, necessitando de complementação, para, por fim, tecer um posicionamento jurídico acerca da (a)tipicidade da conduta de importação sementes de maconha.

4.1. Sobre o conceito de tipicidade

A tipicidade, construção de Ernesto Von Beling, pode ser considerada como um dos pilares do Direito Penal.²⁸ Zaffaroni e Pierangelio asseveram que o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes.²⁹

Tipicidade pode ser definida como a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente à previsão legal. Portanto, só os fatos tipificados na lei penal podem ser considerados delitos.

Para analisar se determinada conduta é típica, ou seja, se se adapta aos requisitos legais, deve-se realizar uma operação intelectual denominada de “juízo de tipicidade”. Obtendo-se um juízo de tipicidade positivo significa que a conduta é típica, sendo relevante para o Direito Penal. De modo contrário, quando o juízo de tipicidade for negativo, significa que se trata de conduta atípica, sendo irrelevante para o Direito Penal.³⁰

28 MARQUES, José Frederico. *Da Tipicidade Penal*. Rio de Janeiro. Revista Forense, 1951, p. 31.

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V. I. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 387.

30 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. V. I. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.346-347.





A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA E O (IM)POSSÍVEL ENQUADRAMENTO...

A tipicidade pode ser visualizada em três sentidos: formal, material e conglobante. A subsunção da conduta do agente ao modelo abstrato previsto no tipo penal faz surgir a tipicidade formal. A tipicidade material é a efetiva ofensa a um bem jurídico. A tipicidade conglobante foi introduzida por Zaffaroni. Ela surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa (contrária a norma penal). Ele defende que a tipicidade penal é resultado da soma da tipicidade formal com a tipicidade conglobante.³¹

O ordenamento jurídico brasileiro adotada o posicionamento de que a tipicidade é composta pela tipicidade formal mais tipicidade material, ideia defendida por Claus Roxin.³²

Diante do instituto da tipicidade, fica o questionamento de se a conduta de importar sementes de maconha se adequaria a previsão legal do art. 33 §1º, inciso I, da Lei de Drogas e se ofenderia algum bem jurídico.

4.2. Tráfico de drogas como norma penal em branco

O art. 1º, parágrafo único, da Lei 11.343/06 estabelece que drogas são as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União³³. Já o art. 66 impõe que:

31 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *op.cit.* p. 400.

32 STIVANELLO, Gilbert. Teoria da imputação objetiva. Brasília, *Revista CEJ*, n. 22, 2003. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B0_cbfNprkpCVkFjTzI2UmxKZFk/view> Acesso em: 14 maio 2016, p.71.

33 BRASIL. *Lei n° 11.343*, de 23 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 14 maio 2016.



MATHEUS CAMPOS DE FREITAS

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Daniel Nicory assevera que um dos aspectos que mais chamam atenção na Lei de Drogas é a inexistência da lista de substâncias proibidas no seu próprio corpo.³⁴

Esta lei trata-se de normal penal em branco, afinal necessita de um complemento, que é a da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, sem a qual não é possível determinar seu alcance e nem mesmo aplicá-la.

A norma penal em branco pode ser homogênea, quando o complemento advém de norma de mesma hierarquia, ou heterogênea, quando o complemento advém de norma de hierarquia inferior. A Lei de Drogas, então, é norma penal em branco de natureza heterogênea, afinal necessita de complemento de uma portaria emanada do poder executivo.³⁵

Gerivaldo Neiva critica a utilização da Portaria SVS/MS nº 344/98 da ANVISA como complementação a Lei de Drogas, afirmando que:

[...] decisões de organismos internacionais definiram, baseados em interesses econômicos ou geopolíticos, quais as plantas que seriam lícitas ou ilícitas. Neste

34 NICORY, Daniel. *Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas*. Salvador: Juspodivm, 2013, p.33.

35 *Idem. Ibidem*, p.34.





A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA E O (IM)POSSÍVEL ENQUADRAMENTO...

jogo, aquelas que destilam ou fermentam álcool ou que servem para a fabricação de cigarros de tabaco ficaram de um lado e as que servem para serem mascaradas pelos povos andinos ou fumadas por negros, latinos, pobres ou periféricos ficaram de outro lado. Umas seriam legais e outras ilegais. Então, o código da legalidade ou ilegalidade não está nas plantas, mas na rotulação que outros interesses lhes dão.³⁶

No mesmo sentido, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi criticam a opção legislativa de tornar os delitos de tráficos de entorpecentes e correlatos norma penal em branco, afirmando que é uma opção que desatende os interesses sociais.³⁷

4.3. A taxatividade penal e a (a)tipicidade da importação de sementes de maconha

Um dos princípios inerentes ao direito penal é o princípio da taxatividade, que nada mais é do que a exigência de que a conduta criminosa deve, obrigatoriamente, estar prevista de forma clara, precisa e explícita na lei penal incriminadora, não podendo haver termos ambíguos, sob pena de se considerar atípica a conduta do agente.³⁸

Primeiramente, de acordo com a taxatividade que se espera de um tipo penal incriminador, faz-se ne-

36 NEIVA, Genivaldo. *Afinal, maconha faz bem ou mal?* Genivaldo Neiva. Disponível em: < <http://www.gerivaldoneiva.com/2015/01/afinal-maconha-faz-bem-ou-mal.html>>. Acesso em: 14 maio 2016.

37 GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.13.

38 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 27.



cessário deixar claro que, ainda que se admitisse a hipótese da importação de sementes de maconha configurar tráfico de entorpecentes, esta conduta jamais poderia se enquadrar no *caput* ao art. 33 da Lei de Drogas, afinal ele trata do produto droga e a semente não é droga.

O §1º, inciso I, da Lei de Drogas prevê que incorrem nas mesmas penas do *caput*, quem importa, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima destinada à preparação de drogas.³⁹ Como dito anteriormente, a corrente que defende a configuração do tráfico de drogas pela importação de sementes de maconha, sustenta que a semente de maconha é matéria-prima para preparação da droga. Discorda-se deste posicionamento, pelo entendimento de que não é com a semente de maconha que se prepara a maconha, mas sim com a planta, afinal se extrai maconha da planta e não da semente. A semente de maconha é matéria-prima da *cannabis sativa linneu*, e esta, a matéria-prima da maconha. Aplicar o mencionado posicionamento é uma flagrante violação ao princípio da taxatividade penal. Neste sentido, Paulo Queiroz:

Temos que o fato não constitui crime. Primeiro, porque não é a semente, mas a planta produzida a partir dela, que constitui, esta sim, matéria-prima para a preparação de droga. Segundo, porque não faria sentido que a lei criminalizasse a preparação da preparação ou o perigo do perigo, antecipando tão ex-

39 BRASIL. *Lei* nº 11.343, de 23 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 14 maio 2016.



A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA E O (IM)POSSÍVEL ENQUADRAMENTO...

tensamente a tutela penal da saúde pública, e, pois, tipificasse a simples aquisição de semente para semeadura, cultivo e colheita da planta.⁴⁰

Também merece destaque o inciso II do §1º, ao prever o “semeio de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”. Ora, a conduta de importar sementes de maconha nada tem a ver com o semeio propriamente dito, sendo condutas totalmente distintas. O semeio é apenas uma possibilidade futura, entretanto, a lei só penaliza as condutas que imediatamente, e não apenas mediatamente, estão destinadas à produção de droga.⁴¹ Desta forma, este dispositivo não pode ser aplicado para a hipótese de importação de semente. Neste sentido, Ali Mazioum sustenta que um dos possíveis meios para aquele que deseja praticar o tráfico de drogas poderia ser através da aquisição da semente da maconha, para depois semear e a partir do que florescimento da planta subtrair a maconha⁴². Entretanto, adquirir a semente não se confunde com semear, sendo um ato muito anterior a um possível semeio. Diante das múltiplas possibilidades, aqui ainda não se pode falar em materialidade delitiva.

Além disso, deve-se destacar que a mera importação de semente de maconha não gera nenhum perigo de lesão a bem jurídico. Neste sentido, Paulo Quei-

40 QUEIROZ, Paulo. *Adquirir/importar semente de maconha é crime?* Paulo Queiroz. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/adquiririmportar-semente-de-maconha-e-crime/>> Acesso em: 16 maio 2016, p. 2.

41 *Idem. Ibidem. loc. cit.*

42 MAZIOUM, Ali. Blog Federal. *Sementes de Maconha*. Disponível em: <http://www.blogfederal.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=61&friurl=-_Sementes-de-maconha-_.#.V7Mn2FsrKUK>. Acesso em: 16 maio 2016.



roz assevera que a aceitação da subsunção do fato a norma violar-se-ia o princípio da ofensividade, seja porque a semente não dispõe do princípio ativo, seja porque não é passível de utilização para a efetiva preparação de droga⁴³. Luiz Regis Prado coloca que todo delito deve lesar ou pôr em perigo de lesão determinado bem jurídico.⁴⁴

Maria Lucia Karam, ao defender a legalização das drogas, expõe que a criminalização de qualquer conduta sempre deve se dar pela ofensa relevante a um bem jurídico alheio. Segundo ela, qualquer conduta só pode ser proibida se for apta a causar dano ou perigo concreto de dano a bem jurídico alheio.⁴⁵ Ora, a conduta de importar sementes de maconha não causa dano nem coloca em perigo de dano qualquer bem jurídico alheio.

A semente de *cannabis sativa linneu* não tem THC em sua composição e tecnicamente não é droga, posto que não é a matéria-prima por estar desrevestida nela própria de condições e qualidades químicas necessárias para sua transformação em si, cabendo o plantio, adição de outros componentes que possam gerar a muda e posteriormente a planta, essa sim, proscrita. Além do mais, como já mencionado, ela não tem previsão na Portaria SVS/MS n° 344/98 da ANVISA, que estabelece as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial.

Por fim, defende-se que a importação de sementes de maconha não configura tráfico de drogas, por esta

43 *Ibidem. loc. cit.*

44 PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V. I. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 263.

45 KARAM, Maria Lucia. *Legalização das Drogas*. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015, p. 21.





A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA E O (IM)POSSÍVEL ENQUADRAMENTO...

conduta constituir ato meramente preparatório para a eventual produção da droga. Como dito, uma das possíveis consequências à importação de semente de maconha pode ser o semeio, plantio, para uso pessoal, medicinal, ou até mesmo para o tráfico. Entretanto, não se pune por presumir que o fato acontecerá, mas apenas quando o fato ocorrer. Além de não gerar perigo de lesão a bem jurídico, não há início da execução de nenhum dos verbos do tipo penal incriminador, fato imprescindível para se falar em tutela penal, salvo quando o legislador transforma os atos preparatórios em tipos penais, a exemplo do art. 291, o que não ocorre com a importação de sementes de maconha.⁴⁶

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, como ficara demonstrado, busca tratar da conduta de importar sementes de maconha, se seria ela típica, subsumindo-se às normas equiparadas ao art.33 da Lei de Drogas, que seja a conduta de importar matéria-prima destinada à preparação de drogas, ou se seria conduta atípica.

Ora, como visto, as sementes de maconha não são matéria-prima para preparação da maconha, mas sim a *cannabis sativa linneu*. Além do mais, as sementes de maconha não possuem THC, substância química fabricada pela própria planta, sendo o principal responsável pelos efeitos da maconha.

Outro fundamento exposto para a defesa da atipicidade da importação de sementes de maconha é

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. V. I. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 534.



que seria ela ato meramente preparatório, o que por si só não constitui crime. Em que pese a possibilidade das sementes de maconha serem adquiridas para semeio e posteriormente para comércio da maconha, não cabe tutela penal por simplesmente existir uma possibilidade de ocorrência de uma conduta tipificada, salvo quando a própria lei prevê.

Além disso, defende-se a atipicidade da conduta pelo fato de não haver dano ou ameaça de dano à bem jurídico algum. Como visto, só pode ser criminalizada a conduta que lesar ou colocar em perigo bem jurídico alheio.

Por fim, convém acentuar que a posição adotada por este estudo é na defesa da atipicidade da conduta de importação de sementes de maconha, entendendo que as sementes de maconha não são matéria-prima para a preparação da maconha, que a importação de sementes de maconha é ato meramente preparatório, que não há ofensa à bem jurídico.

6. REFERÊNCIAS

- BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. V. I. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRANCO, Tales Castelo. Princípio ativo da “Cannabis Sativa, L” — Relações com a sua inflorescência e crime impossível. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 523, 1979.
- BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas — Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido,





A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA E O (IM)POSSÍVEL ENQUADRAMENTO...

atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 29 abr. de 2016.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. *Portaria 344*, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre Substâncias e Medicamentos Sujeitos a Controle Especial. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1546313/SC*. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, Julgado em: 15 out. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1454221&num_registro=201501838966&data=20151105&formato=PDF>. Acesso em: 06 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Embargos Infringentes nº 70053924718*. Segundo Grupo Criminal. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Julgado em: 14 jun. 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70053924718%26num_processo%3D70053924718%26cod>



MATHEUS CAMPOS DE FREITAS

Ementa%3D5348246++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=U-8&numProcesso=70053924718&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Gabriel&dtJulg=14/06/2013&relator=Nereu%20Jos%C3%A9%20Giacomolli&aba=juris>. Acesso em: 06 maio 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Recurso em Sentido Estrito nº 2570320144013805*. Terceira Turma. Relator: Des. Mário César Ribeiro. Julgado em: 18 nov. 2014. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164687832/recurso-em-sentido-estrito-rse-2570320144013805>>. Acesso em: 06 maio 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação Criminal nº 00100130320124036181*. Décima Primeira Turma. Relator: Des. José Lunardelli. Julgado em: 26 jan. 2016. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317132032/apelacao-criminal-acr-100130320124036181-sp-0010013-0320124036181>>. Acesso em: 06 maio 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Recurso em Sentido Estrito nº 00036846720154036181*. Quinta Turma. Relator: Des. Paulo Fontes. Julgado em: 22 fev. 2016. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317165582/recurso-em-sentido-estrito-rse-36846720154036181-sp-0003684-6720154036181>>. Acesso em: 06 maio 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 50190913720134047000*. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Fabio Felipe Daher. Relator: Des. Victor Luiz Dos Santos Laus. Julgado em: 10 ago. 2013. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112403598/recurso-criminal-em-sentido-estrito-rccr-50190913720134047000>>.





A IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA E O (IM)POSSÍVEL ENQUADRAMENTO...

-pr-5019091-3720134047000/inteiro-teor-112403599>. Acesso em: 06 maio 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Habeas Corpus nº 00097748720144050000*. Segunda Turma. Relator: Des. Fernando Braga. Julgado em: 15 jan. 2015. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178273805/habeas-corpus-hc-97748720144050000-al>>. Acesso em: 06 maio 2016.

FOGAÇA, Jennifer Rocha Vargas. Mundo Educação. *THC — Principal componente ativo da maconha*. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/quimica/thcprincipal-componente-ativo-maconha.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. V. I. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2015.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

KARAM, Maria Lucia. *Legalização das Drogas*. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Da Tipicidade Penal*. Rio de Janeiro. Revista Forense, 1951.

MAZIOUM, Ali. Blog Federal. *Sementes de Maconha*. Disponível em: <http://www.blogfederal.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=61&friurl=-Sementes-de-maconha-#.V7Mn2FsrKUK>. Acesso em: 16 maio 2016.

NEIVA, Genivaldo. *Afinal, maconha faz bem ou mal?* Genivaldo Neiva. Disponível em: <<http://www.gerivaldo-neiva.com/2015/01/afinal-maconha-faz-bem-ou-mal.html>>. Acesso em: 14 de maio de 2016.

- NICORY, Daniel. *Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V. I. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- QUEIROZ, Paulo. *Adquirir/importar semente de maconha é crime?* Paulo Queiroz. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/adquiririmportar-semente-de-maconha-e-crime/>>. Acesso em: 06 maio 2016.
- STIVANELLO, Gilbert. Teoria da imputação objetiva. Brasília, *Revista CEJ*, n. 22, 2003. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B0_cbfNprkpCVkFjTzI2U-mxKZFk/view>. Acesso em: 14 maio 2016.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V. I. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



Capítulo VII

O drama dos refugiados: perspectivas jurídicas

Matheus Requião Silva de Oliveira

Pesquisador, graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito
e Gestão. E-mail: matheusrequiao@outlook.com





O drama dos refugiados: perspectivas jurídicas

Resumo: O presente trabalho objetiva tecer algumas considerações jurídicas e sociais sobre os âmbitos de proteção dos refugiados no sistema internacional dos Direitos Humanos e, igualmente, no sistema jurídico brasileiro, adotando como fio condutor a necessidade de cooperação internacional para a efetividade de direitos internacionalmente reconhecidos e igualmente positivados.

Palavras-chave: Refugiados. Vulnerabilidade. Direitos Humanos. Cooperação internacional.

Sumário: 1. Introdução — 2. Migrantes e Refugiados: distinções terminológicas — 3. A problemática dos refugiados: evolução histórica dos âmbitos de proteção: 3.1. A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1966; 3.2. Declaração de Cartagena; 3.3. O *non-refoulement* — 4. Brasil: âmbitos jurídicos de proteção: 4.1. A Lei nº 9.474 de 1997; 4.2. Constituição Federal de 1988; 4.3. Refugiados como titulares de direitos fundamentais — 5. Por uma cooperação internacional — 6. Considerações finais — 7. Referências.



1. INTRODUÇÃO

O problema dos deslocamentos humanos e dos refugiados no mundo constitui uma das mais complexas questões em debate no âmbito internacional hodiernamente. Países subdesenvolvidos em situação de miséria, vulnerabilidade social, conflitos armados e guerras, constituem os principais pontos de partida de migrantes e refugiados em todo o mundo.

Este debate a qual se depara a comunidade internacional é multidisciplinar, sendo imprescindível a visão de outros campos do saber, entretanto, este estudo restringe-se em aprofundar e delinear o objeto à luz do Direito, sobretudo dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Pretende-se, outrossim, estimular o debate e o dissenso num campo muito fértil ao desenvolvimento de uma discussão crítica multidisciplinar. É necessário refletir sobre estes fluxos migratórios, a proteção e tratamento aos migrantes e refugiados.

O trabalho subdivide-se em três partes. Na primeira etapa pretende-se formular algumas considerações iniciais sobre os sujeitos analisados no estudo, alçando algumas distinções terminológicas relevantes para a compreensão da matéria, de modo que a subversão entre termos produz diversas consequências praticas e, sobretudo jurídicas.

O segundo momento traz consigo os diversos âmbitos jurídicos de proteção dos refugiados, na pauta internacional com os documentos expedidos pelas Nações Unidas e criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, no âmbito regional com a Declaração de Cartagena de 1984 com aplica-





bilidade na América Central e Latina e na pauta jurídica brasileira com a Lei nº 9.474 de 1997, bem como, com a Constituição Federal, que fornece os princípios basilares para a garantia dos Direitos Fundamentais aos refugiados.

Nesta mesma etapa destaca-se um importante princípio decorrente do costume, que por sua vez constitui fonte do direito internacional. O princípio do *non-refoulement* é um dos mais fundamentais princípios formulados no âmbito de proteção dos refugiados.

No terceiro e último momento pretende-se alçar a necessidade de uma solidariedade internacional para a efetivação dos direitos dos refugiados, de modo que esta união faz-se indispensável, superando as zonas limítrofes das fronteiras dos Estados, entretanto esta superação ainda soa virtuosa diante da calamidade do mundo real, demonstrando sérios problemas quanto a sua efetivação.

2. MIGRANTES E REFUGIADOS: DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS

Inicialmente cumpre destacar o significado da palavra refugiado. Segundo Bethânia Godinho Pereira da Silva, refugiado é aquele que ultrapassou os limites de fronteira do seu país natal para buscar proteção em outro Estado, e ao ser reconhecido como tal, possuirá determinados direitos não disponibilizados a outros migrantes¹.

1 PEREIRA DA SILVA, Bethânia Godinho. *O Brasil como receptor de refugiados*. Monografia (especialista em relações internacionais)

Para não gerar subversões entre significados, é necessário delinear a distinção conceitual entre refugiados e migrantes. Segundo a agência da ONU para refugiados (ACNUR), há uma distinção conceitual necessária entre os termos². Refugiados, segundo as leis internacionais, são pessoas que fogem de conflitos armados ou perseguições, por motivos étnicos, raciais, religiosos, políticos, ideológicos, de nacionalidade e dentre outros. Os refugiados são obrigados a migrar de um país para outro, ou de uma região a outra³, porque receiam por suas vidas ou por sua liberdade⁴, ainda que temporariamente, e este é o principal elemento distintivo.

Já a palavra migrante, oriunda etimologicamente do latim “*migrans antis*”, significa aquele que migra para outro território, mas esta migração não é caracterizada por ameaça direta ou perseguição de morte, mas, com o intuito de melhora de vida, objetivando encontrar trabalho, educação, saúde, lazer, reunificação familiar e dentre outros ensejos em prol de uma vida digna e mais humana. Estes também são denominados refugiados econômicos⁵.

— Universidade de Brasília (UNB), Instituto de Relações Internacionais. Brasília: [s.n.], 2011, p. 9-10.

- 2 Vide informe da ACNUR, intitulado “*¿Refugiado o migrante? ACNUR insta a usar el término correcto*” disponível no site acnur.org em espanhol.
- 3 SILVA, Cesar Augusto S. da (org.). *Direitos Humanos e Refugiados*. Dourados: UFGD, 2012, p. 9.
- 4 SILVA DA SILVA, Cesar Augusto; RODRIGUES, Viviane Mazine. *Refugiados: os regimes internacionais de direitos humanos e a situação brasileira*. *Direitos Humanos e Refugiados*. Cesar Augusto S. da Silva (org.). Dourados, UFGD, p. 123-143, 2012, p. 123.
- 5 SILVA DA SILVA, Cesar Augusto; RODRIGUES, Viviane Mazine. *Refugiados: os regimes internacionais de direitos humanos e a situ-*



Estabelecida esta premissa basilar, a seguir, será delineada a proteção jurídica dos refugiados no sistema internacional dos Direitos Humanos e no sistema jurídico brasileiro, chegando-se a conclusão da necessidade de cooperação internacional entre os Estados na resolução de conflitos de interesses que envolvem toda a comunidade internacional.

3. A PROBLEMÁTICA DOS REFUGIADOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS ÂMBITOS DE PROTEÇÃO

Este tópico tem por escopo analisar a evolução histórica dos mecanismos de proteção aos refugiados a partir do pós-guerra até os dias atuais, com ênfase nas modificações da definição de refugiado ao longo dos anos.

3.1. A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1966

A problemática dos refugiados ganha ímpeto com advento da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), episódio histórico que representa um importante marco para os Direitos Humanos⁶.

Piovesan assevera que muitos direitos que hoje ampara os Direitos Humanos, emergiram apenas em 1945, quando, as implicações do holocausto e outras

ação brasileira. Direitos Humanos e Refugiados. Cesar Augusto S. da Silva (org.). Dourados, UFGD, p. 123-143, 2012, p. 126.

6 MOREIRA, Julia Bertino. *A problemática dos refugiados do pós-guerra aos dias atuais.* XV Encontro da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, 2006, Caxambu. Anais do XV Encontro da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, 2006, p. 3.

barbaridades cometidas pelo Nazismo configuraram as maiores violações à humanidade⁷.

As atrocidades cometidas pelo *Terceiro Reich* foram marcadas por fortes perseguições, sobretudo religiosa, realizadas por pessoas de uma “*raça superior*”⁸, que detinham os privilégios de certos direitos. Este período foi caracterizado pela propagação do antissemitismo e perseguição a outras minorias⁹ (1933-1945).

Estas perseguições geraram fluxos migratórios e refúgios em todo o continente europeu. Não é diferente a posição de Júlia Bertino Moreira, ao afirmar que “foram gerados os maiores deslocamentos humanos observados na História do mundo moderno, perfazendo-se mais de 40 milhões de pessoas deslocadas provenientes da Europa”, 13 milhões de pessoas de origem alemã foram expulsas de outros países e 11,3 milhões foram deslocadas na Alemanha¹⁰.

Por este advento histórico, surge o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) em 1949, órgão da ONU que se tornou responsável pela proteção internacional dos refugiados¹¹, iniciando seus trabalhos em 1951.

7 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66, 191.

8 MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

9 CARNEIRO, Wellington Pereira. A Declaração de Cartagena de 1984 e os desafios de proteção internacional dos refugiados, 20 anos depois. In: SILVA, Cesar Augusto S. da (org.). *Direitos Humanos e Refugiados*. Dourados, UFGD, p. 13-32, 2012, p. 15.

10 MOREIRA, Julia Bertino. *Cit.* p. 3.

11 MOREIRA, Julia Bertino. *Cit.* p. 5.

Neste mesmo período, a ONU elaborou um importante documento na seara jurídica internacional, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951^{12,13,14}, estabelecendo pela primeira vez, um instrumento universal de proteção desta natureza aos refugiados¹⁵.

De acordo com a Convenção, a definição de refugiado abrangia qualquer pessoa que:

[...] em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade encontra-se fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele¹⁶.

Este conceito inicial de refugiado apresentou limitações geográficas e temporais, excluindo muitas

12 A Convenção foi promulgada no Brasil em 28 de Janeiro de 1961 pelo Decreto nº 50.215. Este decreto contradiz ao regime ditatorial-militar da época (década de 60 no Brasil), período histórico marcado por perseguições, gerando refúgios de brasileiros para outros países. Artistas, cantores, jornalistas, escritores, políticos e dentre outros foram vítimas da limitação das liberdades, sobretudo as de expressão, imprensa, pensamento etc. Para maiores informações sobre o tema, indico a leitura de Boris Fausto em *História do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1995. Ressalte-se que a ditadura militar brasileira teve início em 1964 com o golpe militar.

13 MOREIRA, Julia Bertino. *Cit.* p. 9.

14 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, p. 266.

15 CARNEIRO, Wellington Pereira. *Cit.* p. 16.

16 Artigo 1º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.



pessoas da tutela internacional, que, por conseguinte não foram reconhecidas.

A reserva temporal restringia o conceito a “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951”, com foco exclusivo à II Guerra Mundial, que perdurou entre 1939 e 1945.

Por outro lado, a limitação geográfica ao conceito de refugiado adotado pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, diz respeito à restrição aos acontecimentos ocorridos no continente europeu, não se aplicando a demais situações em outras localidades¹⁷.

Somente em 1966 esta reserva temporal fora extinta, por advento do Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados¹⁸, que buscou pôr fim a cláusula da Convenção que somente reconhecia como refugiado aquela pessoa que “temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou por opiniões políticas”, deixa o seu país, “em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951”.¹⁹

Pela primeira vez, o conceito de refugiado descolou das limitações temporais da Segunda Guerra, ampliando o espectro deste conceito, fornecendo proteção a um maior número de pessoas.

3.2. Declaração de Cartagena

A Declaração de Cartagena de 1984 surge como um importante mecanismo de proteção e reconhecimento dos refugiados no âmbito regional das Améri-

17 MOREIRA, Julia Bertino. *Cit.* p. 9-10.

18 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Cit.* p. 267.

19 MOREIRA, Julia Bertino. *Cit.* p. 10.



cas (Central e Latina). Esta emergiu como resposta aos conflitos perpetrados no final dos anos setenta e principalmente nos anos oitenta na Nicarágua, El Salvador e Guatemala²⁰.

Para a Declaração, são considerados refugiados:

[...] as pessoas que tenham fugido dos seus países porque sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Este conceito é estruturado a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, elevando-se os direitos fundamentais como a segurança, a vida e as liberdades, uma vez que põe a violação dos direitos humanos como o fator incisivo para o reconhecimento dos refugiados.

O conceito de refugiado de Cartagena trouxe uma importante inovação ao tratar dos deslocamentos internos, ampliando a proteção das pessoas, que passam a ser recepcionadas²¹.

Com as mudanças do cenário internacional advindas do pós-Guerra Fria, a Declaração de Cartagena não apenas permanece vigente, mas por outro lado, torna-se cada vez mais útil, principalmente no âmbito da América Central e Latina²².

20 CARNEIRO, Wellington Pereira. A Declaração de Cartagena de 1984 e os desafios de proteção internacional dos refugiados, 20 anos depois. *Direitos Humanos e Refugiados*. Cesar Augusto S. da Silva (org.). Dourados, UFGD, p. 13-32, 2012, p. 18.

21 CARNEIRO, Wellington Pereira. *Cit.* p. 21.

22 CARNEIRO, Wellington Pereira. *Cit.* p. 13.

3.3. O *non-refoulement*

O *non-refoulement* é um importante instrumento de proteção dos refugiados e dos solicitantes de refúgio. Diz respeito a não devolução ou proibição da devolução do refugiado e até mesmo dos solicitantes de refúgio ao seu Estado de origem, onde subsiste o fundado temor por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social, opiniões políticas ou violação maciça dos direitos humanos.

O artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 ratifica pelo Brasil, dispõe que:

Nenhum dos Estados-membros expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas²³.

Não obstante, o “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de Novembro de 1984, adotou a conclusão de que é necessário “reiterar a importância e a significação do princípio do *non-refoulement* (incluindo a proibição da rejeição nas fronteiras), como pedra angular da proteção internacional dos refugiados”²⁴.

23 ACNUR BRASIL — IMDH. *Lei 9474/97 e coletânea de instrumentos de proteção internacional dos refugiados*. 3. ed. Brasília: ACNUR — IMDH, 2010, p. 61-61.

24 ACNUR BRASIL — IMDH. *Lei 9474/97 e coletânea de instrumentos de proteção internacional dos refugiados*. 3. ed. Brasília: ACNUR — IMDH, 2010, p. 76.

Reflexo destes diplomas, a lei brasileira do refúgio, Lei nº 9.474/97, prevê que o estrangeiro que chegar a território brasileiro, poderá requisitar o reconhecimento do seu status de refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira e que em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada²⁵.

André de Carvalho Ramos ao comentar a lei brasileira, afirma que o *non-refoulement*: “consiste na vedação da devolução do refugiado ou solicitante de refúgio (*refugee seeker*) para o Estado do qual tenha o fundado temor de ser alvo de perseguição odiosa”²⁶.

Os dispositivos que tratam sobre a proibição do rechaço têm nítida característica de princípios ao fornecer um parâmetro para as políticas migratórias. Robert Alexy diz que os princípios são “mandamentos de otimização” e por esta razão, são aplicados na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes²⁷. Para Alexy, um princípio seria um dever “*prima facie*”, ou seja, um dever a primeira vista, que por sua vez, deve ser garantido na maior medida possível²⁸.

De fato, cabe concordar com Carolina de Abreu Batista Claro, para quem, “o Estado tem o poder so-

25 Cf. artigo 7º da Lei nº 9.474/97 em ACNUR BRASIL — IMDH. *Lei 9474/97 e coletânea de instrumentos de proteção internacional dos refugiados*. 3. ed. Brasília: ACNUR — IMDH, 2010, p. 11.

26 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97-98.

27 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros: 2015, p. 90-91.

28 ALEXY, Robert. *Cit.* p. 103 s.s.

berano de admitir ou impedir o ingresso de estrangeiros e dos seus próprios nacionais em seu território”²⁹. Cabe aos Estados, em decorrência da soberania, efetuar o controle de suas fronteiras, entretanto, não se pode abandonar os documentos de direito internacional a qual tornou signatário.

Embora o direito de migrar esteja nitidamente estampado no artigo 13³⁰ da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³¹:

[...] os Estados podem aplicar medidas de retirada compulsória do não nacional por meio de (i) discricionariedade estatal no controle migratório, (ii) punições administrativas pelo ingresso irregular ou (iii) como pena vinculada ao cometimento de crime, como ocorre na expulsão e na própria extradição³².

Em regra, prevalece o poder estatal, como corolário da soberania na determinação das políticas migratórias, porém “deve-se ter em conta que os Estados estão obrigados aos tratados dos quais fazem parte”³³.

Há uma obrigação dos Estados — que ratificaram a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo facultativo — de proteger os refugiados, sendo vedado o rechaço ao Estado no qual

29 CLARO, Carolina de Abreu Batista. O caso Hirsi Jamaa e outros vs. Itália e a responsabilidade estatal no tratamento de estrangeiros. *Revista de Estudos Internacionais*, v. 1, p. 153-170, 2010, p. 156.

30 §1: Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado; §2: Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

31 Cf. UNIC. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: UNIC, 2009.

32 CLARO, Carolina de Abreu Batista. *Cit.* p. 157.

33 CLARO, Carolina de Abreu Batista. *Cit.* p. 159-160.

o refugiado (ou solicitante de refúgio) tem o fundado temor de perseguição. A violação deste direito humano pode colocar o país que efetua a devolução à responsabilização internacional.

Um exemplo de responsabilização internacional por violação do princípio do *non-refoulement* diz respeito ao caso *Hirsi Jamaa e outro vs. Itália*, na qual a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu que a Itália violou o princípio que informa o direito dos refugiados ao interceptar em águas internacionais um barco com 24 tripulantes refugiados próximo à Ilha da Lampedusa, levando-os à Líbia, país em que sequer reconhece a Convenção da ONU para proteção dos refugiados de 1951³⁴ e, por conseguinte, deixando-os à mercê da própria sorte.

A Itália foi condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos à prestação pecuniária às vítimas neste caso, que serve de parâmetro para políticas migratórias. Este princípio informa que os Estados-partes devem fornecer direitos mínimos aos refugiados (obrigação primária), o qual inclui o direito de não retroceder ao país de origem, onde subsiste o fundado temor.

4. BRASIL: ÂMBITOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO

O Brasil fornece um amparo jurídico aos refugiados e migrantes, porém, permanece acanhado diante da problemática, sendo necessária maior pró-atividade do governo brasileiro numa dimensão global. A

34 Cf. CLARO, Carolina de Abreu Batista. O caso *Hirsi Jamaa e outros vs. Itália* e a responsabilidade estatal no tratamento de estrangeiros. *Revista de Estudos Internacionais*, v. 1, p. 153-170, 2010.

seguir serão analisados os mecanismos jurídicos de proteção propostos pelo governo brasileiro e o tratamento dado aos refugiados.

4.1. Lei nº 9.474 de 1997

Diversamente de outros países, no Brasil, há lei específica para proteção e tratamento adequado aos refugiados³⁵. A Lei nº 9.474 de 1997 “é o marco legal para proteção dos refugiados no Brasil”³⁶ e estabelece mecanismos para regulamentar o Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências³⁷, tais como a condição jurídica do refugiado, o procedimento para pedido de refúgio no Brasil etc.

Quanto ao conceito de refugiado a legislação brasileira apenas reforça o que estabelece a Convenção de 1951, o seu Protocolo de 1967 e a Declaração de Cartagena de 1984³⁸⁻³⁹ ao adotar um conceito amplo de refugiado.

Estabelece a lei que a condição de refugiado do indivíduo estende-se “ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como os demais membros do grupo familiar”⁴⁰, prevê o direito à cédula de identidade e

35 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, p. 268.

36 JUBILUT, Líliliana Lyra. *Cit.* p. 42.

37 ACNUR Brasil — IMDH. *Lei 9474/97 e coletânea de instrumentos de proteção internacional dos refugiados*. 3. ed. Brasília: ACNUR — IMDH, 2010, p. 9.

38 Lei nº 9.474/1997, artigo 1º.

39 JUBILUT, Líliliana Lyra. A acolhida da população refugiada em São Paulo: a sociedade civil e a proteção dos refugiados. In: SILVA, Cesar Augusto S. da (org.). *Direitos Humanos e Refugiados*. Dou-rados, UFGD, p. 33-56, 2012, p. 46, 43-44.

40 Lei nº 9.474/1997, artigo 2º.

carteira de trabalho⁴¹⁻⁴², bem como, o reconhecimento de certificados e diplomas⁴³, o ingresso facilitado em instituições acadêmicas de todos os níveis⁴⁴ e o gozo pleno dos direitos fundamentais, submetendo-se os refugiados aos deveres dos estrangeiros no Brasil⁴⁵.

A importante legislação também cria o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE)⁴⁶, órgão de deliberação coletiva no âmbito do Ministério da Justiça, competente ao reconhecimento da condição de refugiado, a cessação desta condição, e não obstante, trabalhando na orientação e coordenação de ações necessárias à eficácia de proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados⁴⁷.

A Lei nº 9.474/97 também estabelece que o reconhecimento da condição de refugiado constitui obstáculo para o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio⁴⁸. No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu questão indeferindo extradição com base neste entendimento, como se nota:

Pedido de extradição formulado pelo Governo da Argentina em desfavor do nacional argentino [...] pela suposta prática dos crimes de privação ilegítima da liberdade agravada e ameaças. No momento da efetivação da referida prisão cautelar, apreendeu-se, em

41 Lei nº 9.474/1997, artigo 6º, 21 §1º.

42 JUBILUT, Liliana Lyra. *Cit.* p. 47.

43 JUBILUT, Liliana Lyra. *Cit.* p. 49.

44 Lei nº 9.474/1997, artigo 44.

45 Lei nº 9.474/1997, artigo 5º.

46 JUBILUT, Liliana Lyra. *Cit.* p. 44.

47 Lei nº 9.474/1997, artigo 11-13.

48 Lei nº 9.474/1997, artigos 33-35.

posse do extraditando, documento expedido pelo Alto Comissariado da ONU para Refugiados — ACNUR dando conta de sua possível condição de refugiado. O Presidente do Comitê Nacional para os Refugiados — CONARE atesta que o extraditando é um refugiado reconhecido pelo Governo Brasileiro, conforme o documento n. 326, datado de 12.06.1989. O fundamento jurídico para a concessão ou não do refúgio, anteriormente à Lei 9.474/97, eram as recomendações do ACNUR e, portanto, o cotejo era formulado com base no amoldamento da situação concreta às referidas recomendações, resultando daí o deferimento ou não do pedido de refúgio. O extraditando está acobertado pela sua condição de refugiado, devidamente comprovado pelo órgão competente — CONARE —, e seu caso não se enquadra no rol das exceções autorizadoras da extradição de agente refugiado. Parecer da Procuradoria Geral da República pela extinção do feito sem resolução de mérito e pela imediata concessão de liberdade ao extraditando. Extradição indeferida. Prisão preventiva revogada⁴⁹.

Em 2012 o STF indeferiu pedido de extradição não somente com base no reconhecimento da condição de refugiado, mas dando ênfase à Lei do Refúgio e legitimidade da esfera administrativa em tomar decisões que têm reflexos nas relações internacionais do Estado. Assentou, outrossim, pela constitucionalidade do artigo 33 da Lei nº 9.474/1997, assim dispendo:

Extradição: Colômbia: crimes relacionados à participação do extraditando — então sacerdote da Igreja Católica — em ação militar das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). Questão de

49 Ext 1.170, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 18-3-2010, Plenário, DJE de 23-4-2010.

ordem. Reconhecimento do *status* de refugiado do extraditando, por decisão do comitê nacional para refugiados — CONARE: pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradição: aplicação da Lei 9.474/97, art. 33 (Estatuto do Refugiado), cuja constitucionalidade é reconhecida: ausência de violação do princípio constitucional da separação dos poderes. De acordo com o art. 33 da Lei 9474/97, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento. É válida a lei que reserva ao Poder Executivo — a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado — o poder privativo de conceder asilo ou refúgio. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder — desde que compreendido na esfera de sua competência — não significa invasão da área do Poder Judiciário. Pedido de extradição não conhecido, extinto o processo, sem julgamento do mérito e determinada a soltura do extraditando⁵⁰.

O artigo 33 da Lei brasileira sobre o refúgio (Lei nº 9.474/97) estabelece que “o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão do refúgio”.⁵¹ Todavia, sustenta André Ramos de Carvalho que “só pode ser questionada a decisão do CONARE se houver evidente prova de abu-

50 Ext 1.008, Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 21-3-2007, Plenário, DJ de 17-8-2007.

51 ACNUR BRASIL — IMDH. *Lei 9474/97 e coletânea de instrumentos de proteção internacional dos refugiados*. 3. ed. Brasília: ACNUR — IMDH, 2010, p. 18.

so ou desvio de finalidade, como reza a doutrina do controle judicial dos atos administrativos”.⁵²

Na Extradicação nº 1.085, por exemplo, que versou sobre a extradicação do ex-ativista italiano Cesare Battisti, condenado na Itália pela prática de crimes comuns, o STF decidiu que:

[...] não caracteriza a hipótese legal de concessão do refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradicação para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidos com observância do devido processo legal, quando não há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito as garantias constitucionais do condenado⁵³.

O Tratado de Extradicação pactuado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, no seu artigo III, 1, f, permite a não entrega do cidadão da parte requerente quando “a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição”.

Ficou decidido no caso, que o Supremo Tribunal Federal (STF) limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradicação, cabendo ao Presidente da República Federativa do Brasil exercer a decisão política de extraditar ou não o súdito, conforme artigo 84 da Constituição Federal de 1988.

O então Presidente à época votou pela permanência de Cesare Battisti no Brasil, reconhecendo a con-

52 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 102.

53 Ext 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 16-12-2009, Plenário, DJE de 16-4-2010.

dição de “refugiado político”. Contudo, deve-se cautela na utilização do instituto do refúgio, pois concessões ilegítimas pode afetar a credibilidade deste sério instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana e de indivíduos que se encontram à mercê da vulnerabilidade social.

Defende André Ramos que “a revisão Judicial (pelo STF, nos processos extradicionais, ou em outros tipos de ações, como, por exemplo, uma ação civil pública interposta pelo *Parquet* federal) deve ser feita de modo fundamentado”⁵⁴, levando-se em consideração a preservação da dignidade humana e os direitos da pessoa, o que fora devidamente respeitado na Extradicação nº 1.085 supracitada.

Cabe controle judicial dos atos administrativos no caso de desvio de finalidade do Comitê Nacional para Refugiados, que põe em risco a legitimidade do estatuto do refúgio, no entanto, nos processos extradicionais, cabe ao Presidente da República exercer a palavra final pela extradicação ou não do súdito, conforme apontou a jurisprudência do STF. Deve-se cautela nesta última instância para não relativizar a condição de refugiado como um instrumento protetivo das pessoas, pondo em risco a legitimidade desta ferramenta.

4.2. Constituição Federal de 1988

O preâmbulo da Constituição Cidadã⁵⁵ afirma ter sido esta elaborada para instituir um Estado Demo-

54 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 102.

55 A denominação “*Constituição Cidadã*” foi utilizada por Ulysses Guimarães (presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1988)



crático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Não obstante, a Lei Fundamental tem por objetivos “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza, marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, “promover o bem-estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁵⁶.

O título II da Carta Magna de 1988⁵⁷ prevê por outro lado, uma extensa série de direitos e garantias fundamentais. A vida, a liberdade de opinião, de imprensa, de associação, de reunião, religiosa, de consciência, a propriedade, o *habeas corpus*, o devido processo legal e ampla defesa, os direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, à moradia e dentre muitos outros estão consagrados na Constituição. O problema reside, todavia, se os refugiados são titulares destes direitos, tema esmiuçado a seguir.

4.3. Refugiados como titulares de direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, estabelece no artigo 5º,

em razão dos avanços sociais que a Constituição de 1988 representou.

56 Artigo 3º, I, II, III, IV, CF/88.

57 Artigo 5º ao 17º.



caput que, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade” dos direitos e garantias fundamentais⁵⁸. Neste ponto a Carta Magna deixa uma incógnita, se os estrangeiros *não residentes* no Brasil ou *os que ainda não fixaram domicílio* gozam de certos direitos fundamentais, a exemplo dos migrantes e refugiados.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco sustentam que “o respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade”, concluindo que há direitos e garantias que se asseguram a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo⁵⁹, sendo que alguns fatores não devem obstar o acesso a direitos essenciais universalmente reconhecidos⁶⁰.

58 JUBILUT, Liliana Lyra. *Cit.* p. 48.

59 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173.

60 Não se pretende aqui adentrar no campo discursivo do relativismo cultural dos direitos humanos, do multiculturalismo e das diversas formas de mitigação do caráter universal destes direitos em prol de elementos culturais. Tal debate — em razão da suma importância — merece ser tratado em outro trabalho. Ademais, destaque-se que a Declaração de Viena adotada em 1993 buscou responder a este debate, estabelecendo que “todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais” (§5º). É cristalino o caráter universal dos Direitos Humanos adotado nesta declaração. Para maiores informações vide PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva,

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a determinação dos titulares dos direitos fundamentais “reclama identificação individualizada”, com base em cada norma de direito fundamental e das circunstâncias de cada caso concreto⁶¹. Segundo o autor, tal distinção entre estrangeiros residentes e não residentes pode ser interpretada de modo a ampliar a titularidade e, por conseguinte, a proteção constitucional das pessoas⁶², mas de modo algum, deve ser ignorada.

Esta interpretação extensiva deve levar em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia, universalidade e até mesmo o princípio do *in dubio pro libertate*, “que impõe a interpretação mais favorável ao indivíduo em detrimento do Estado”.⁶³

Ingo Wolfgang Sarlet dispõe que:

2013, p. 210-15; REIS, Marcus Vinicius. *Multiculturalismo e direitos humanos*. Secretaria de Polícia. Senado Federal. Brasília, Senado Federal, p. 1-16, 2004; SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. 1997, p. 11-32, dentre outros. Por ora, convém concordar com Piovesan, sustentando que “os instrumentos internacionais de direitos humanos são claramente universalistas, uma vez que buscam assegurar a proteção universal dos direitos e garantias fundamentais”. Saulo Casali Bahia — em palestra proferida no II Seminário Internacional sobre Migrações e Identidades (SIMI) realizado pelo Ministério Público do Estado da Bahia nos dias 28 e 29 de abril de 2016 — ao tratar do multiculturalismo, defendeu a hipótese de um universalismo mitigado, devendo-se elevar os valores comuns entre as sociedades e grupos, que muitas vezes não são tolerados, identificando-se os valores comuns, as sociedades seriam mais justas e solidárias. Casali finaliza sua palestra com a seguinte frase: “nossa verdadeira cultura é o gênero humano”, mostrando-se um universalista, na medida em que a proteção do ser humano não deve ser mitigada por razões meramente culturais.

61 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 216.

62 SARLET, Ingo Wolfgang. *Cit.* p. 219.

63 SARLET, Ingo Wolfgang. *Cit.* p. 219.

De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas. [...] a própria limitação quanto à residência no Brasil por parte dos estrangeiros já o indica — algumas distinções entre nacionais e estrangeiros devem ser observadas⁶⁴.

Para Dirley da Cunha Jr, os direitos fundamentais são imprescindíveis à convivência e existência digna, livre e igual da pessoa humana e por esta razão, são destinados a todos os seres humanos. “É da essência dos direitos fundamentais a sua universalidade”, contudo, existem direitos de todos, de alguns e de poucos⁶⁵.

Com precisão, direitos fundamentais devem ser garantidos aos estrangeiros de forma imediata, com poucas exceções⁶⁶⁻⁶⁷⁻⁶⁸. Este conceito amplo de universalidade sofre algumas restrições, pois alguns direitos interessam tão-somente a parte das pessoas, como por exemplo, os direitos políticos e de nacionalidade⁶⁹, que só pertencem a poucos. Neste ínterim, os refugiados são titulares de direitos fundamentais com base no princípio da isonomia, prevalência dos direi-

64 SARLET, Ingo Wolfgang. *Cit.* p. 217.

65 JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 222-223.

66 As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são regidas pelo princípio da aplicabilidade imediata. Esta conclusão é proveniente do artigo 5º, § 1º, CF/88.

67 JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 70.

68 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Cit.* p. 153-155.

69 Cf. artigos 12-17, CF/88.

tos humanos para os refugiados, dignidade da pessoa humana, universalidade e até mesmo o *in dubio pro libertate*⁷⁰, mas, esta titularidade sofre algumas restrições, não sendo absoluta, pois, nem todos os direitos fundamentais são garantidos aos estrangeiros, demandando uma análise casuística.

Divergindo da doutrina até agora esmiuçada, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que “a falta de explícita proteção constitucional dos direitos fundamentais dos estrangeiros não residentes pelo artigo 5º da CF não significa que eles estejam à mercê dos aparelhos estatais”.⁷¹ Os autores adotam a teoria dos “direitos decorrentes” de tratados internacionais, uma vez que o §2º do artigo 5º da Constituição reconhece esses direitos, porém, defendem que esses direitos decorrentes são de nível infraconstitucional⁷², podendo o legislador restringi-los ou mesmo revoga-los⁷³.

70 Orienta que, na dúvida, há de se assegurar a proteção dos direitos humanos e fundamentais a qualquer pessoa. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 220.

71 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 77.

72 O STF sustenta a tese das normas supralegais nesta hipótese. Estas normas estão abaixo da Constituição e acima das normas infraconstitucionais na pirâmide do ordenamento jurídico de Hans Kelsen. No HC 88.240, Rel. Min. Ellen Gracie, Dj de 24-10-2008, concretou através da jurisprudência do STF que a “esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna (infraconstitucional). O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”. Nesta mesma linha de inteligência, encontra-se outros mandamentos interpretativos do Supremo, que buscam precedentes na jurisprudência e doutrina assentada por Gilmar Ferreira Mendes (HC 90.171, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj de 17-8-2007).

73 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 72-78.

Para os autores supracitados, os estrangeiros não residentes — os quais se enquadram os refugiados nativos de outros países — são titulares de direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais a qual o Brasil tornou signatário, devendo-se prevalecer a distinção entre estrangeiros residentes e não residentes elencadas pelo constituinte originário no que tange a garantia dos direitos fundamentais. Ora, por esta teoria os refugiados gozariam apenas dos direitos previstos na Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e da Declaração de Cartagena de 1984, não sendo titulares dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

É um posicionamento, que devido a sua técnica, merece ser esmiuçado, porém, com a devida vênua a esta doutrina, deve-se respeitar também o princípio da isonomia, prevalência dos direitos humanos e dignidade humana, previstos na *Lex Legum*, pois, seria ao menos controverso declarar estes princípios e por outro lado, fazer distinções entre estrangeiros residentes e não residentes, deixando à mercê dos aparelhos estatais grande número de pessoas, que já se encontram em vulnerabilidade.

Cabe ainda questionar a (in)constitucionalidade do artigo 5º, *caput* da Constituição de 1988 no que tange a distinção entre estrangeiros residentes e não residentes como titulares de direitos fundamentais. Esta distinção decorre de ultrapassada tradição jurídica das constituições brasileiras. A Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil de 1891, por exemplo, em seu artigo 72 dispôs que “a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no

país a inviolabilidade dos direitos concernentes a liberdade, a segurança individual e a propriedade”.⁷⁴

Por outro lado, cabe salientar que a Constituição Imperial de 1824 fazia distinção entre pessoas. Os escravos, por exemplo, não eram titulares de direitos e garantias fundamentais no início do século XIX. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, a Carta representou a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever ser⁷⁵. Isto porque apesar do notório regime da escravidão na época, a imposta legislação em seus 179 artigos de nada tratou ou expressamente fez menção à figura do escravo, e, além disso, preconizando diversos Direitos Fundamentais como a liberdade e igualdade, omitindo-se ao tema e causando um enorme alvoroço de contradições, pois como um importante documento jurídico e político estabelece “a lei será igual para todos”⁷⁶ e convive ao mesmo tempo com o voto censitário e o regime escravocrata?

Com o advento da internacionalização dos direitos, a partir dos pós-Segunda Guerra Mundial, não cabe mais efetuar esta distinção entre estrangeiros residentes e não residentes e muito menos entre pessoas no que concerne a garantia de alguns direitos fundamentais. Esta distinção viola os princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), isonomia

74 BALEEIRO, Aliomar. *Coleção Constituições Brasileiras, 1891*. Volume II. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 81.

75 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217.

76 Artigo 179, XIII. Cf. CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPERIO DO BRASIL. Rio de Janeiro: Tipographia Nacional, 1824.

(artigo 5º), universalidade, ainda que de modo implícito decorrente da dignidade da pessoa e o artigo 4º da Constituição, na qual, estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se nas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Nada obsta, todavia, que o dispositivo seja submetido à Emenda Constitucional com o fito de adequar o texto à realidade contemporânea, que garante a prevalência dos direitos humanos, tendência à universalização e banimento de quaisquer distinções entre residentes e não residentes. Ampliaria deste modo o espectro dos titulares dos direitos fundamentais, inclusive para os migrantes e refugiados.

Cabe ainda salientar que o posicionamento aceito pelo Supremo Tribunal Federal é de que deve-se rejeitar toda e qualquer interpretação literal da Constituição de 1988⁷⁷. Para o Supremo, não se pode interpretar a Constituição em “tiras”, deste modo, deve-se atentar para os princípios norteadores da Carta Magna, podendo fornecer uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais aos não residentes.

Deste modo, doutrina e jurisprudência brasileira são praticamente unânimes no que concerne a garantia dos direitos aos não residentes, na qual incluem os refugiados, como fruto de uma interpretação extensiva, entretanto, o problema reside na promoção e efetivação destes direitos mediante políticas públicas, fornecimento de um sistema de educação igualitário e de qualidade, um serviço de saúde eficiente e dentre outros pragmatismos previstos na Constituição a serem realizados.

77 Cf. HC 72.391, Rel. Min. Celso de Melo, j. 8.3.1995. RE 215.267, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24.4.2001.

O Brasil se quer fornece estes serviços com qualidade aos seus cidadãos, que estão à mercê do des-caso, com a oferta de péssimos serviços de saúde pública em muitos hospitais, uma educação de nível básico mitigado por greves de professores e funcionários, além da falta de estrutura e ausência de promoção ao desenvolvimento científico.

Muitos dos refugiados se quer tem o apoio estatal no fornecimento destes serviços, como a educação, um dos mais básicos direitos para a realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, que consagra a redução das desigualdades, promoção ao desenvolvimento e fim ao preconceito.

Deste modo, com poucas exceções, deve ser garantido o pleno gozo dos direitos fundamentais aos refugiados que no Brasil se encontram. Direitos como a saúde⁷⁸, educação⁷⁹, trabalho, liberdade de expressão e religião são garantidos sem distinção de qualquer natureza, contudo, como visto, o problema reside na concretização destes direitos positivados nas leis, tratados internacionais, declarações e convenções, sobretudo os direitos sociais que encontram diversos obstáculos estruturais.

Toda esta proteção delineada no âmbito jurídico brasileiro e internacional deve ser efetivada em favor de um grupo social amplamente vulnerável, que não pode ficar à mercê da própria sorte, desprovidos de educação, trabalho, moradia, saúde, liberdade religiosa, enfim, um mínimo vital à concretização da dignidade da pessoa humana.

78 JUBILUT, Liliana Lyra. *Cit.* p. 48.

79 JUBILUT, Liliana Lyra. *Cit.* p. 48-49.

Estes direitos necessitam de ações eficientes que transcendem os limites territoriais do Estado brasileiro, sendo necessária a união de forças entre países, tópico a ser analisado a seguir.

5. POR UMA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), os deslocamentos forçados tem alcançado um número sem precedentes⁸⁰. Os conflitos armados e as guerras constituem as principais causas.

Com o fito de demonstrar a dimensão do problema dos migrantes e refugiados no mundo hodiernamente, faz-se necessária uma breve análise do seguinte gráfico⁸¹:



Note-se que, o ano de 2014 registrou o maior número de deslocamentos forçados desde a Segunda Guerra Mundial, atingindo a incrível marca de 59,5 milhões

80 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *UNHCR Global trends 2014*. Genebra: UNHCR, 2015, p. 2.

81 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Cit.* p. 2.

de pessoas afetadas por este grave problema⁸². Deste número 19,5 milhões são refugiados e pelo menos 15 milhões são palestinos, segundo o Alto Comissariado⁸³.

O estudo ainda evidencia que países subdesenvolvidos localizados no continente Africano e no Oriente Médio compõem os principais pontos de origem dos refugiados. Síria, Afeganistão, Somália, Sudão, Sudão do Sul, República Democrática do Congo, Mianmar, República Centro Africana, Iraque e Eritreia, juntos, representam a incrível marca de 77% dos refugiados no mundo provenientes tão-somente de dez países⁸⁴.

O Brasil recepciona uma ínfima parcela destes refugiados. Da marca dos 19,5 milhões em todo o mundo, apenas pouco mais de sete mil permanecem nesta condição sob a proteção do governo brasileiro segundo dados de 2014⁸⁵.

O número de refugiados vem crescendo assustadoramente nos últimos anos, constituindo um complexo problema de proporções mundiais⁸⁶.

Diante desta perspectiva, não basta garantir a proteção no arcabouço jurídico e das instituições brasileiras. Faz-se necessário pensar instrumentos de

82 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Cit.* p. 2.

83 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Cit.* p. 2.

84 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Cit.* p. 6-8, 14.

85 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Cit.* p. 44.

86 SILVA, Cesar Augusto S. da; RODRIGUES, Viviane Mozine. *Cit.* p. 129.

proteção internacional que efetivem direitos e ampare estes desamparados. É preciso firmar uma união entre países, constituindo, deste modo, uma cooperação internacional.

Na busca por uma definição de cooperação internacional, no âmbito das relações internacionais, Thalita Franciely de Melo Silva defende em dissertação de mestrado que:

A cooperação internacional é uma importante ferramenta que objetiva desenvolver coordenadas para problemas comuns, podendo referir-se a fenômenos diferentes nas relações internacionais, tais como as relações entre atores estatais e não-estatais, a coordenação de interesses entre os Estados, a colaboração, a formação de alianças, graus diferenciados de integração, a ajuda humanitária, o intercâmbio de tecnologias, as doações etc.⁸⁷

Não obstante, a Carta da ONU assinada em São Francisco em 1945, em seu artigo 1º já mencionava esta basilar cooperação para resolução dos problemas de interesse comum a todos os Estados. Dispõe a Carta que, constitui propósito das Nações Unidas:

Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião⁸⁸.

87 SILVA, Thalita Franciely de Melo. *Cooperação para integração dos refugiados colombianos no Chile: o caso dos chilombianos*. Dissertação (mestrado em Relações Internacionais) — Universidade Estadual da Paraíba. João Pessoa: [s.n.], 2014, p. 90-98.

88 Carta das Nações Unidas de 1945, Artigo 1º, III.

Este importante documento não trata expressamente sobre a questão dos refugiados, mas, em uma mutação do seu texto à ótica contemporânea é possível estabelecer que o problema não é apenas de cunho interno e individual dos países, mas sim de uma cooperação entre Estados para dirimir os conflitos referentes ao refúgio, que constitui um problema social e humanitário, por vezes violando os direitos e garantias essenciais inerentes à própria dignidade da pessoa humana.

A tutela destes grupos sociais vulneráveis transcende os limites de fronteiras dos países. Sua proteção pressupõe maior ingerência dos Estados nas relações humanitárias. Na mesma linha de intelecção, Valerio de Oliveira Mazzuoli destaca que:

A Carta que inaugura o elenco de referências aos direitos humanos e liberdades fundamentais — volta-se às obrigações que todos os Estados-membros têm de promover e proteger todos os direitos humanos minimamente reconhecidos, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, sem distinções⁸⁹.

A Carta estabelece um sistema de partilha de responsabilidades, “se torna necessária uma abordagem global pela comunidade internacional, em coordenação e cooperação com outros países interessados e as organizações relevantes”⁹⁰.

Com a criação das Nações Unidas, os direitos inerentes a todos os seres humanos deixam de ser me-

89 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, p. 61.

90 SILVA DA SILVA, Cesar Augusto; RODRIGUES, Viviane Mozine. *Cit.* p. 137.



ramente uma questão interna dos Estados-nacionais, tornando-se matéria de toda a comunidade internacional⁹¹.

É certo, porém, que a obrigação primária de assegurar os direitos humanos continua a ser de responsabilidade interna dos Estados, com a ressalva de que a proteção atual dos direitos fundamentais reivindica a participação de todos os Estados na luta para uma defesa mais eficaz dessas posições jurídicas essenciais a existência humana⁹².

Reflexo da Carta das Nações Unidas de 1945 que sustenta uma cooperação internacional na resolução dos problemas humanitários, a Constituição brasileira de 1988 estabelece que o Brasil rege-se nas relações internacionais pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade⁹³.

Deste modo, a solução de uma crise humanitária não está em “fechar as portas da Europa”,^{94,95} mas sim em fornecer direitos básicos a civis inocentes que fogem de guerras por ameaças e perseguições. É forçoso fortalecer as ajudas humanitárias, criar oportunidades de empregos e meios de subsistência, facilitar

91 JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 222-223.

92 JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 222-223.

93 Artigo 4º, IX, CF/88.

94 Muitos países europeus estão fechando as fronteiras aos refugiados, neste sentido advertem os noticiários.

95 CARNEIRO, Wellington Pereira. *Cit.* p. 30.



documentação e fornecer educação para cada criança refugiada que se encontra fora da escola, ademais, o conceito de refugiado não apenas alcança a pessoa na figura individualizada, mas, outrossim, à sua família.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil ressalva que a família é a base da sociedade^{96,97}, não devendo ficar à mercê da vulnerabilidade social aqueles que buscam reunificação familiar no Brasil. Não obstante, a unidade do núcleo familiar é um princípio de proteção da pessoa e consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹⁸.

O que mais parece ser um discurso político deve ser efetivado, pois a gestão eficaz da migração internacional requer uma cooperação global. Nos últimos anos, o diálogo intergovernamental se intensificou^{99,100}, porém, mostrando-se insuficiente diante da problemática.

É necessário estabelecer alianças para fornecer respostas a esta crise humanitária, de modo que, na falta desta, dificilmente o problema será sanado por completo ou amenizado em parte significativa, porém, para não ruir no rol da ingenuidade é necessário tra-

96 Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

97 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

98 CARNEIRO, Wellington Pereira. *Cit.* p. 27.

99 UNITED NATIONS POPULATION FUND. *State of world population 2006: a passage to hope — women and international migration*. New York: UNFPA, 2006, p. 67.

100 Extraído do texto original em inglês, assim redigido: “*the effective management of international migration requires global, regional and bilateral cooperation. In recent years, inter-governmental dialogue has intensified*”.



çar alguns problemas que esta virtuosa cooperação internacional encontra como obstáculo para sua efetiva realização. Problemas como: a) o interesse em mão-de-obra qualificada; b) o medo ao terrorismo; c) de ordem cultural e d) de ordem econômica constituem obstáculos para a realização de uma dada cooperação internacional em prol dos refugiados.

A primeira dificuldade para uma cooperação internacional é a ausência de interesse por parte de alguns países em recepcionar refugiados, visto que não seria benéfico sob o parâmetro da mão-de-obra. A recepção de refugiados não traria em curto prazo benefícios no setor da empregabilidade, visto que segundo dados do ACNUR, 51% dos refugiados no mundo são crianças, 3% têm mais de sessenta anos de idade e a maioria da massa ativa entre 18 e 59 anos (46%) são de países que adotam o árabe como língua oficial, constituindo obstáculo para a comunicação e muitos, se quer, têm um nível adequado de instrução¹⁰¹. Estes aspectos constituem óbice para a recepção e cooperação em prol dos refugiados no mundo por falta de interesse em recepcioná-los.

Em decorrência de subsequentes ataques terroristas e ímpeto do extremismo¹⁰², há, sobretudo na Europa e nos Estados Unidos da América, maior controle de suas fronteiras. Este é um dos problemas para o controle da recepção de refugiados e uma análoga cooperação internacional. A Síria lidera o *ranking*

101 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *UNHCR Global trends 2014*. Genebra: UNHCR, 2015, p. 3.

102 Cf. KEHL, Jones Mariel. Direito Penal Antiterrorista: ou Direito Penal do inimigo simbólico. In: CONPEDI/UFS. (Org.). *Criminologias e política criminal*. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 1-28.

de origem dos refugiados no mundo segundo o AC-NUR¹⁰³, e ao mesmo tempo, parte do país está tomado pelo grupo radical Estado Islâmico, que se diz responsável por muitos dos ataques terroristas no mundo hodierno. Este enigma a qual se depara a comunidade internacional hoje (terrorismo) constitui um problema para uma possível cooperação internacional em favor dos refugiados, tendo em vista o temor como pretexto para o controle de fronteiras¹⁰⁴.

Uma possível cooperação internacional esbarra, outrossim, em problemas de ordem culturais. Como já foi dito, boa parte dos refugiados no mundo hoje, são provenientes em sua maioria de países da África e do Oriente Médio (77%)¹⁰⁵, que adotam culturas distintas em relação à Europa, por exemplo, ou aos EUA. O embate cultural pode constituir um problema para o tratamento igualitário entre os países em relação à problemática dos refugiados. Na França *v.g.* o artigo 1º da Lei nº 2010-1192¹⁰⁶ promulgada em 11 de Outubro de 2010 proíbe o uso do véu islâmico integral em espaço público¹⁰⁷ e esta proibição realizada pelo Legislativo francês é bastante polêmica até os dias

103 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *UNHCR Global trends 2014*. Genebra: UNHCR, 2015, p. 3-16.

104 CLARO, Carolina de Abreu Batista. O caso Hirsi Jamaa e outros vs. Itália e a responsabilidade estatal no tratamento de estrangeiros. *Revista de Estudos Internacionais*, v. 1, p. 153-170, 2010, p. 157-159.

105 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *UNHCR Global trends 2014*. Genebra: UNHCR, 2015, p. 14.

106 A legislação supracitada ficou popularmente conhecida como “Lei da Burca”, sobretudo a partir dos noticiários que reportavam as discussões em torno da (in)constitucionalidade da mesma.

107 A lei tem o seguinte teor: “A ninguém é dado trajar em espaço público, vestimenta destinada a ocultar o próprio rosto”. Extraído

atuais¹⁰⁸. Esta Lei, somada aos sucessivos ataques terroristas que sofreu o país recentemente pode contribuir para o aumento de argumentos xenófobos e obstáculo para um tratamento igualitário e possível cooperação internacional.

O último problema que merece ser citado como obstáculo para uma cooperação internacional em prol da problemática dos refugiados no mundo é de ordem econômica¹⁰⁹. A economia certamente é a mola propulsora para muitas decisões políticas e até mesmo jurídicas. Muitos países, por motivos econômicos, não têm como se dispor a fornecer ou a fazer parte de uma cooperação internacional e isto pode servir como subterfúgios para negar um problema de ordem humanitária.

Toma-se como exemplo a Jordânia (atualmente Reino Hexemita da Jordânia), um dos países que mais recebe refugiados em todo o mundo (*largest refugee-hosting country worldwide*), ocupando a sexta posição com quase 700 mil refugiados recepcionados¹¹⁰. Ao mesmo tempo em que recebe muitos

do original: “Nul ne peut, dans l’espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage”.

108 Cf. SILVA, Gustavo Just da Costa. A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a proibição do véu islâmico integral na legislação francesa (Acórdão de 1º de Julho de 2004): uma análise estratégica das escolhas argumentativas. Publicações da Escola da AGU 1º Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa. Brasília, EAGU, Volume 2. N. 35, nov./dez. p. 269-278, 2014.

109 Cf. CLARO, Carolina de Abreu Batista. O caso Hirsi Jamaa e outros vs. Itália e a responsabilidade estatal no tratamento de estrangeiros. *Revista de Estudos Internacionais*, v. 1, p. 153-170, 2010, p. 157-159.

110 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *UNHCR Global trends 2014*. Genebra: UNHCR, 2015, p. 2, 12.

refugiados no mundo, devido a sua localização (próximo à Síria), não fornece um tratamento ideal para a grande população refugiada. Apesar do auxílio das Nações Unidas, sobretudo no Campo de Refugiados de Zaatari¹¹¹⁻¹¹² (*Zaatari Refugee Camp*), falta emprego, educação e infelizmente a situação dos refugiados neste país ainda é extremamente precária.

Os problemas econômicos podem obstar políticas de cooperação internacional e auxílio aos refugiados. Países como o Paquistão, Líbano, Irã, Etiópia e dentre outros, recebem muitos refugiados no mundo, entretanto, não fornecem, por dificuldades, sobretudo econômicas, condições mínimas para a realização plena da dignidade da pessoa humana. Os problemas econômicos constituem empecilhos para uma cooperação internacional visando a proteção e acolhimento dos refugiados no mundo.

Por fim, cabe salientar a historicidade dos Direitos Humanos como nota característica destes direitos, isto por que o fim da Segunda Guerra Mundial e crescimento da população refugiada no mundo foram suficientes para pensar instrumentos globais de proteção em favor destas pessoas compelidas ao deslocamento. Com os novos problemas que ganham ímpeto na pauta internacional e a superação do número de

111 O Campo de Refugiados de Zaatari, localizado na Jordânia, é o segundo maior campo de refugiados do mundo. Foi inaugurado em 2012 ao acolher sírios fugidos da guerra civil que ganhou ímpeto no país, evoluindo gradualmente para um assentamento permanente para acolhimento de refugiados.

112 Indico o documentário denominado "*Salam Neighbor*" que relata a história de dois cineastas que se mudam para o campo de refugiados de Zaatari para poder relatar as vidas e histórias de "seus vizinhos de acampamento".

refugiados desde a década de quarenta e cinquenta do século XX, já se faz necessário repensar os instrumentos de proteção dos migrantes e refugiados no mundo e racionalizar o sistema.

Apenas com o objetivo de reafirmar a historicidade dos Direitos Humanos dos refugiados, é necessário destacar as brilhantes palavras de Norberto Bobbio. Para ele

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas¹¹³.

Enquanto direitos marcados pela historicidade, são mutáveis, sujeitos a transformações e ampliações. O que se espera para os próximos anos é a ampliação desses direitos, com novos mecanismos de proteção, uma cooperação internacional e maior responsabilização dos Estados-membros por violação dos direitos humanos para os refugiados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, mesmo com todo um arcabouço jurídico, ainda permanece tímido diante da questão, recepcionando poucos refugiados e migrantes. É necessário pensar instrumentos de proporções globais, com participação ativa de todas as instituições, organizações e países, para fornecer uma solução em defini-

113 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9 s.s.

tivo aqueles que abandonam seus lares, sua cidade, sua língua materna, seus anseios, para tentar uma reconstrução de vida em outro país ou região.

A questão transcende os limites fronteiriços dos Estados, constituindo interesse de todas as comunidades, regionais, nacionais e internacionais. Em prol da dignidade da pessoa humana, é necessário repensar os regimes internacionais de proteção aos Direitos Humanos, sobretudo nos países em guerra, como a Síria, que lidera o *ranking* de origem dos refugiados no mundo.

É indispensável fornecer direitos essenciais a estas pessoas, como saúde, educação, trabalho, moradia e dentre muitos outros, aonde quer que se encontrem. Deve-se trabalhar em cooperação para proteção e promoção a direitos básicos aos migrantes e refugiados, bem como na prevenção de possíveis violações a direitos internacionalmente assegurados.

Observou-se, outrossim, que uma dada cooperação internacional encontra sérios obstáculos para a sua efetivação, quais sejam, o terrorismo e ímpeto do extremismo, problemas econômicos, embates culturais, de línguas, religiões e costumes, e ainda a marcante ausência de interesse por parte de alguns países em receber refugiados.

7. REFERÊNCIAS

ACNUR BRASIL — IMDH. *Lei 9474/97 e coletânea de instrumentos de proteção internacional dos refugiados*. 3. ed. Brasília: ACNUR — IMDH, 2010.

AGUADO, J. C.; OLIVEIRA, K. R. *A Integração Local dos Refugiados Haitianos no Brasil: Limites da Razão do Esta-*

do. In: *XXIV Encontro Nacional do CONPEDI-UFS*, 2015, Sergipe. Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio, 2015, p. 49-65.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros: 2015.

ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *Ficha Informativa n° 20: Direitos Humanos e Refugiados*. Traduzido pelo Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Lisboa: GDCC, Procuradoria-Geral da República, 2002.

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; BARICHELLO, Stefania Eugenia. Aspectos históricos da evolução e do reconhecimento internacional do status de refugiado. *Revista Universitas: Relações Internacionais*, v. 12, p. 63-76, 2014.

ARAÚJO, Ricardo Resende de. Estudo comparado do sistema regional europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos. Publicações da Escola da AGU 1º Curso: *Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa*. Brasília, EAGU, Volume 2. N. 35, nov./dez. p. 269-278, 2014.

ARAUJO, Y. R. S.; BEGA, P. F. *As políticas públicas de apoio aos refugiados no Brasil: reflexões e desafios*. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Florianópolis-SC: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 187-215.

BAHIA, Saulo Casali. "Multiculturalismo" (palestra). II Seminário Internacional Migrações e Identidades. Ministério Público do Estado da Bahia, Salvador, Bahia, 28 de abril de 2016.

BALEEIRO, Aliomar. *Coleção Constituições Brasileiras, 1891*. Volume II. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Derecho internacional de los refugiados y derecho internacional de los derechos humanos: aproximaciones e convergencias*. In: *Estudios Internacionales*, p. 321-349.
- CARNEIRO, Wellington Pereira. A Declaração de Cartagena de 1984 e os desafios de proteção internacional dos refugiados, 20 anos depois. In: SILVA, Cesar Augusto S. da (org.). *Direitos Humanos e Refugiados*. Dourados, UFGD, p. 13-32, 2012.
- _____; COLLAR, Janaina Matheus. Reflexões sobre a questão racial e refúgio no sistema brasileiro. In: SILVA, Cesar Augusto S. da (org.). *Direitos Humanos e Refugiados*. Dourados, UFGD, p. 57-76, 2012.
- CLARO, Carolina de Abreu Batista. “Migrações, crises e políticas migratórias da atualidade” (palestra). *II Seminário Internacional Migrações e Identidades*. Ministério Público do Estado da Bahia, Salvador, Bahia, 28 de abril de 2016.
- _____. O caso Hirsi Jamaa e outros vs. Itália e a responsabilidade estatal no tratamento de estrangeiros. *Revista de Estudos Internacionais*, v. 1, p. 153-170, 2010.
- CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPERIO DO BRASIL. Rio de Janeiro: Tipographia Nacional, 1824.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DEVES, Gisele. *O Tribunal de Nuremberg: marco nas relações jurídicas e políticas internacionais do século XX*.

- Monografia (curso de Relações Internacionais) — Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Centro de Educação Superior (CES). São José (SC): [s.n.], 2004.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1995.
- FERRAZ, Gabriela Cunha. “Mulheres migrantes e multiculturalismo” (palestra). *II Seminário Internacional Migrações e Identidades*. Ministério Público do Estado da Bahia, Salvador, Bahia, 28 abril 2016.
- GODOY, M. G. Estado de Exceção e Refugo Humano: o Campo e as Vidas Desperdiçadas. In: XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), 2010, Fortaleza. *Anais do XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito*, 2010.
- JUBILUT, Liliana Lyra. A acolhida da população refugiada em São Paulo: a sociedade civil e a proteção dos refugiados. In: SILVA, Cesar Augusto S. da (org.). *Direitos Humanos e Refugiados*. Dourados, UFGD, p. 33-56, 2012.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- KEHL, Jones Mariel. Direito Penal Antiterrorista: ou Direito Penal do inimigo simbólico. In: CONPEDI/UFS. (Org.). *Criminologias e política criminal*. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 1-28.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

- MARQUES DA CRUZ, Gabriel Dias. “Transconstitucionalismo: entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional” (palestra). *III Colóquio de Direitos Humanos*. Faculdade Baiana de Direito, Salvador, Bahia, 18 de maio de 2016.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. comemorativa. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MILESI, Rosita; CARLET, Flavia. Refugiados e políticas públicas. In: SILVA, Cesar Augusto S. da (org.). *Direitos Humanos e Refugiados*. Dourados, UFGD, p. 77-98, 2012.
- MOREIRA, Júlia Bertino. A problemática dos refugiados na América Latina e no Brasil. *Cadernos PROLAM/USP*, v.2, p. 57-76, 2005.
- _____. Direitos Humanos e refugiados: evolução da problemática dos refugiados desde o pós-guerra até os dias atuais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, DF, v. ano 4, n. 15, p. 33-55, 2005.
- _____. O Acolhimento dos Refugiados no Brasil: políticas, frentes de atuação e atores envolvidos. In: V Encontro Nacional sobre Migrações, 2007, Campinas. *Anais do V Encontro Nacional sobre Migrações*, 2007.
- _____. A problemática dos refugiados do pós-guerra aos dias atuais. XV Encontro da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, 2006, Caxambu. *Anais do XV Encontro da Associação Brasileira de Estudos Populacionais*, 2006.
- PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do *non-refoulement*, sua natureza *jus cogens* e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 7, p. 51-67, 2007.

- PEREIRA DA SILVA, Bethânia Godinho. *O Brasil como receptor de refugiados*. Monografia (especialista em relações internacionais) — Universidade de Brasília (UNB), Instituto de Relações Internacionais. Brasília: [s.n.], 2011.
- PIMENTEL, Dinarco. *Uma análise ao julgamento do caso Lubanga pelo ICC: das crianças soldado à violência sexual*. Departamento de Direito da Universidade Portuguesa, Porto, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____; GARCIA, Maria (org.). *Proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAMOS, Luiz Felipe Gondin. *Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: análise histórica e legado jurídico*. Monografia (curso de Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito. Florianópolis: [s.n.], 2009.
- REIS, Marcus Vinícius. Multiculturalismo e direitos humanos. Secretaria de Polícia. Senado Federal. Brasília, Senado Federal, p. 1-16, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. 1997, p. 11-32.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SERRAGLIO, D. A.; AGOSTINI, A. M. Os refugiados ambientais e o princípio da cooperação na esfera do direito internacional do meio ambiente. *XXI Encontro Nacional*

do Conpedi/Unicuritiba. Tema: 25 anos da constituição cidadã: os atores sociais e a concretização sustentável dos objetivos da República. Florianópolis, SC: FUNJAB, 2013, v. 01, p. 276-298.

SILVA DA SILVA, Cesar Augusto; RODRIGUES, Viviane Mozine. Refugiados: os regimes internacionais de direitos humanos e a situação brasileira. In: SILVA, Cesar Augusto S. da (org.). *Direitos Humanos e Refugiados*. Dourados, UFGD, p. 123-143, 2012.

SILVA, Gustavo Just da Costa. *A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a proibição do véu islâmico integral na legislação francesa (Acórdão de 1º de Julho de 2004): uma análise estratégica das escolhas argumentativas*. Publicações da Escola da AGU 1º Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa. Brasília, EAGU, vol. 2, n. 35, nov./dez. 2014 p. 269-278.

SILVA, Thalita Franciely de Melo. *Cooperação para integração dos refugiados colombianos no Chile: o caso dos chilombianos*. Dissertação (mestrado em Relações Internacionais) — Universidade Estadual da Paraíba. João Pessoa: [s.n.], 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. “O discurso dos direitos humanos fundamentais: possibilidades e paradoxos na sociedade atual” (palestra). *III Colóquio de Direitos Humanos*. Faculdade Baiana de Direito, Salvador, Bahia, 20 maio 2016.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOMBRA, Camila. “Novos refugiados no Brasil: avanços e desafios de proteção” (palestra). *II Seminário Internacio-*

nal Migrações e Identidades. Ministério Público do Estado da Bahia, Salvador, Bahia, 29 abr. 2016.

TODOROV, Tzvetan. *La memoria, ¿un remedio contra el mal?* Traducción de Manuel Arranz. Barcelona: Arcadia, 2009.

_____. Memory as a remedy for evil. *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, v. 7, n. 1, p. 447-462, 2009.

UBER, Francielle. O estado diante da questão dos refugiados. In: SILVA, Cesar Augusto S. da (org.). *Direitos Humanos e Refugiados*. Dourados, UFGD, p. 99-122, 2012.

UNESCO. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Santiago: Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe (OREALC), 2008.

UNIC. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: UNIC, 2009.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *UNHCR Global trends 2014*. Genebra: UNHCR, 2015.

UNITED NATIONS POPULATION FUND. *State of world population 2006: a passage to hope — women and international migration*. New York: UNFPA, 2006.

VEDOVATO, Luís Renato. “Economia, migrações e direitos humanos: a difícil harmonização em tempos de crise” (palestra). *II Seminário Internacional Migrações e Identidades*. Ministério Público do Estado da Bahia, Salvador, Bahia, 29 abr. 2016.





Capítulo VIII

Autocolocação ou heterocolocação em perigo: a vítima que aceita carona com condutor sobre efeito de álcool

Natália Lacerda Pereira Dias

Acadêmica de Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
E-mail: lacerdapnati@gmail.com





Autocolocação ou heterocolocação em perigo: a vítima que aceita carona com condutor sobre efeito de álcool

Resumo: Esse artigo pretende trazer à baila a questão da autocolocação e da heterocolocação em perigo da vítima que aceita carona de condutor sobre efeito de álcool, a partir da visão de Claus Roxin e Günther Jakobs, doutrinadores e juristas alemães que possuem pontos de vista distintos. Apresentando os argumentos utilizados por eles para sustentação dos seus pontos de vista, traçando os seus requisitos bem como princípios que servem de alicerce das respectivas teorias. Para isso é necessário que se explique o que é a colocação em perigo, para então definir qual das teorias se aplica ao caso prático da vítima que aceita carona com condutor alcoolizado.

Palavras-chave: Imputação objetiva. Autocolocação. Heterocolocação. Criação do risco. Realização do risco. Princípio da confiança. Risco permitido. Risco proibido. Colocação em perigo.

Sumário: 1. Introdução — 2. Visão de Günther Jakobs: 2.1. Risco permitido; 2.2. Princípio da confiança; 2.3. Proibição do regresso; 2.4. Competência da vítima — 3. Visão de Claus Roxin: 3.1. Criação ou au-



mento de um risco juridicamente relevante;
3.2. Realização do risco; 3.3. Alcance do
tipo 3.4. Diminuição do risco — 4. Ques-
tões acerca da colocação em perigo — 5.
Considerações finais — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo pretende-se mostrar o que circunda a teoria da imputação objetiva e sua primordial função de proteger a sociedade acerca de resultados criados por indivíduos que agem de forma inaceitável pelo direito. Sendo o direito penal aquele que desempenha uma função de seleção de determinados comportamentos.

Na sociedade hodierna a imputação ou também chamada responsabilização é baseada fundamentalmente em disposições pré-estabelecidas pelo direito, os indivíduos dessa sociedade estão disciplinados sob essas normas. Tudo aquilo que está descrito pelo legislador gera fatos típicos e, portanto, passíveis de imputação.

Para que haja um maior entendimento de como será realizada essa imputação, primeiramente, será abordado o conceito de imputação objetiva levantado pelo doutrinador e jurista alemão Güther Jakobs, e seus pressupostos para que de fato seja válida a imputação de determinado agente.

Posteriormente busca-se versar sobre o entendimento que fundamenta a concepção apresentada por Claus Roxin e suas respectivas diretrizes de pensamentos e critérios oferecidos por ele, para que a partir daí, quando já se tiver claro os parâmetros utilizados



por cada um deles será levantada uma questão prática em relação ao tema propriamente dito, qual seja a colocação em perigo da vítima.

2. VISÃO DE GÜNTHER JAKOBS

Sua teoria orbita em torno do conceito do papel social que o indivíduo desempenha perante a sociedade. Busca dotar de coerência sistemática a imputação objetiva do resultado, tendo como teoria do tipo objetivo.

No conceito de imputação objetiva de Jakobs deverá o tipo objetivo ser acrescido de um novo elemento essencial, qual seja, a violação de um papel. Aquele que violou seu papel, administrando-o de forma deficiente, responderá jurídico e penalmente. O jurista parte do princípio de que a sociedade tem a expectativa de que cada pessoa cumprirá o papel que exerce dentro de um padrão pré-estabelecido¹.

Então, se o agente age dentro dos limites permitidos pela sociedade, mesmo tendo como resultado de sua conduta uma lesão ou a exposição a um perigo de lesão, mas que esta não seja relevante para o direito penal, não há que se falar em imputação objetiva. Nesse caso, a conduta no agente é considerada como um risco permitido sendo esse resultado atribuído ao acaso, visto que o agente não violou o seu papel.

Em suma, Jakobs acreditava que a ocorrência de um fato lesivo seria explicável através da teoria da im-

1. STIVANELLO, Gilbert. Teoria da imputação objetiva. Brasília. *Revista CEJ*, n. 22, 2003. jul./set. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B0_cbfNprkpCVkFjTzI2UmxKZFk/view>. Acesso em: 19 maio 2016, p.73.



putação objetiva “quando o risco pelo qual responderá alguém que não interveio pode definir-se com o sua causa determinante, e as demais condições, não determinantes, possa estimar-se socialmente adequadas”².

Jakobs divide a imputação em dois níveis, o primeiro é a imputação do comportamento e o segundo é a imputação objetiva do resultado³. Nesse primeiro nível (imputação de comportamentos) é ostentado por quatro requisitos que irão orientar a aplicação da imputação e no segundo nível (imputação do resultado) traz a relação de uma conduta típica e um resultado por meio de leis gerais específicas ou ditadas pela experiência.

Dentro do primeiro nível proposto por Jakobs, temos quatro requisitos que são alicerces para a sua fundamentação acerca da teoria da imputação objetiva, os quais serão explicados no presente capítulo, são eles: a) risco permitido; b) principio da confiança; c) proibição do regresso; d) competência ou capacidade da vítima.

2.1. Risco permitido

O risco permitido é um elemento também pertencente na teoria de Claus Roxin, que corresponde à aceitação por parte da sociedade de certos riscos, que embora possam vir a ensejar lesão a bens jurídicos. Seria então aquele risco "vinculado à configuração da sociedade", uma concreção da adequação social.

2. JAKOBS, Günther; CALLEGARI, André Luís (tradução). *A imputação objetiva no direito penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 270.

3. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais*, p. 91.



Se esse comportamento gerador do risco ocorre de forma isolada, em sua maioria das vezes será visto como adequado socialmente, isso porque o resultado necessita, obrigatoriamente, de uma correlação a algo delitivo, se assim não for não poderá ser considerado como proibido.⁴

Esse risco é visto como algo completamente normal e aceitável em virtude do contexto em que se encontra. A vida social não se concebe sem a anuência de certos riscos, sendo imprescindível para a liberdade de cada indivíduo nessa sociedade. Para muitos estudiosos a sociedade hodierna é considerada como uma sociedade de risco, isso porque a própria atividade humana demonstra esse risco. Jakobs afirma que o risco permitido se substancia na liberdade da ação do ser humano.⁵

2.2. Princípio da confiança

O princípio da confiança, apresentado por Jakobs, denota que os indivíduos confiam no cumprimento pelo outro de uma atitude já esperada socialmente, estabelecendo uma relação de confiança recíproca entre todos os componentes da sociedade⁶.

Esse princípio está ligado ao tópico abordado anteriormente, podendo inclusive ser considerado como

4. JAKOBS, Günther; CALLEGARI, André Luís (tradução). *Fundamentos do direito penal*, 2 ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 92.
5. BRITO, Carlos Augusto; MARINHO, Suzana. A aplicação especial da teoria da imputação objetiva aos delitos culposos de trânsito sob a ótica do caso Cristiano Araújo e autocolocação em risco e a responsabilização da vítima. *Revista ESMAPE*, n.41, v. 20, jan./jun. 2015. p. 50.
6. SAMPAIO, Devapi Souza. Alternativa à ideia de bem jurídico: o funcionalismo sistêmico de Jakobs e o princípio da confiança. *Revista do CEPEJ*, n. 9, jul./dez. 2008. p. 194.



um caso especial de risco permitido⁷. Não se imputando objetivamente, portanto, resultados produzidos pela atitude do indivíduo que confiou em outrem, mantendo-se dentro dos limites do perigo permitido.

O princípio da confiança baseia-se na divisão do trabalho, onde cada indivíduo é responsável pelo exato cumprimento do papel que exerce na sociedade e pode esperar que, dessa maneira, o outro também exerça. É esse princípio que possibilita que nosso papel seja cumprido na estrutura social, ilustramos com um exemplo comum e recorrente na doutrina, não se exige que um médico certifique que o bisturi que irá ser utilizado em um paciente esteja devidamente esterilizado, uma vez que espera-se, no mínimo, que a enfermeira assim o faça, cumprindo então o seu “papel”, correspondendo às expectativas do médico.

Günther traz ainda, acerca do rompimento do princípio da confiança e da expectativa relacionada a ele, o princípio da confiança é rompido quando,

se observe faltar à pessoa competente o conhecimento das regras ou a possibilidade de observá-las; quando seja função de um interveniente compensar a eventual falha de outro; quando o comportamento grosseiro de um interveniente desfigura os papéis.⁸

Ou seja, o princípio da confiança cessa no instante em que é perceptível que a outra parte não cor-

7. JAKOBS, Günther; CALLEGARI, André Luis (tradução). *op. cit.* p. 102-103.

8. JAKOBS, Günther; CALLEGARI, André Luis (tradução). *A imputação objetiva no direito penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 257.



respondeu à confiança e expectativa depositada, não cumprindo o seu papel ou ainda que para compensar a ocasional falha de um terceiro.

2.3. Proibição de regresso

O jurista alemão traz ainda como requisito para a sua teoria a proibição de regresso, que nada mais é do que aquele que assume com outra pessoa uma relação vista como inofensiva, assim não violando o seu papel como cidadão, mesmo que o outro sujeito dessa relação anexe a esta uma ação não permitida, ou seja, não poderá ser considerada como ilícita a conduta daquele que tenha agido de acordo com a expectativa da sociedade, mesmo que tenha contribuído para o triunfo da infração penal praticada pelo agente⁹.

Para esse doutrinador, trata-se aqui da proibição de regresso ainda que nos casos em que o agente (autor) da conduta inofensiva sabe da pretensão criminosa de um terceiro. Ou seja, nesse caso é perceptível a impudência e dolo, uma vez que um dos agentes age imprudentemente, no momento, em que tem ciência que o outro agente age com dolo na sua conduta¹⁰.

No entanto, se essa imprudência seria então considerada o próprio limite para a proibição de regresso, seria mais do que lógico que a exoneração da responsabili-

9. STIVANELLO, Gilbert. Teoria da imputação objetiva. Brasília. *Revista CEJ*. n. 22, jul./set. 2003. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/OB0_cbfNprkpCVkFjTzI2UmxKZFk/view>. Acesso em: 19 maio 2016, p.74.

10. JAKOBS, Günther; CALLEGARI, André Luís (tradução). *Fundamentos do direito penal*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 94.



dade, devido à impudência, não afete de maneira alguma a cumplicidade de dois sujeitos que tenham como finalidade um resultado ilícito, mesmo que um deles aja com imprudência e o outro com dolo, não seria razoável que aquele agente que agiu com imprudência não sofresse sanções, ou ainda que disfarçado por um comportamento imprudente o agente pratica algo dolosamente em busca de um determinado resultado¹¹.

2.4. Competência da vítima

Por fim, o penalista apresenta como último requisito de sua teoria a capacidade ou competência da vítima, que trata da vítima que, por vontade própria, tenha se colocado na situação de risco, afastando, portanto, a responsabilidade do agente que produziu do resultado. Vejamos então que, não só o agente (autor) que tem a “capacidade” de expor a vítima a um risco, mas sim a própria vítima possui esta capacidade¹².

A vítima não pode se colocar em uma posição de risco sem que, necessariamente, não aceite as consequências geradas por esta exposição. Pode-se elencar como exemplo o praticante de esportes radicais, que possui total ciência dos riscos corridos e as possíveis lesões causadas pela atividade que pratica. Havendo a sua ocorrência não poderá, de forma alguma, posteriormente responsabilizar o seu instrutor/treinador, viste que este age em pleno respeito ao seu dever de cuidado¹³.

11. *Ibidem*. p. 94-95

12. STIVANELLO, Gilbert. *op. cit. loc. cit.*

13. *Ibidem*. p. 74.



A vítima, por sua vez, não só tem capacidade para gerar um risco, devendo ela então suportar as consequências que essa criação de risco acarrete, como também a vítima pode contribuir ou até mesmo consentir essa exposição ao risco. No âmbito do consentimento da vítima, é necessário que esteja presente os requisitos¹⁴ para que esse consentimento seja considerado legítimo, sendo fundamental para isso se tratar de um bem disponível, se assim for será afastando também a imputação do agente. De acordo com o exposto sobre o consentimento da vítima, estamos diante, portanto da visão da teoria dualista sustentado por Jakobs.

3. VISÃO DE CLAU ROXIN

Assim como Günter Jakobs, Claus Roxin é um jurista alemão e também é um doutrinador da teoria da imputação objetiva. Em sua teoria Roxin preconiza que para a imputação objetiva é necessário a criação de um risco juridicamente relevante e proibido, que por ventura venha realizar o resultado, se encontre sob o alcance do tipo penal¹⁵.

Esse doutrinador argumenta que para haver a imputação objetiva é necessário,

14. O consentimento da vítima esta vinculado ao cumprimento cumulativamente de certos requisitos, são eles: disponibilidade do bem jurídico; capacidade para consentir; consentimento sem vício de vontade, ou seja, sem erro, sem dolo e sem coação; consentimento anterior ou no máximo concomitante a lesão; consentimento não contrário a moral e os bons costumes. Esses requisitos são válidos tanto para a teoria dualista quanto para a teoria monista.

15. STIVANELLO, Gilbert. Teoria da imputação objetiva. Brasília. *Revista CEJ*, n. 22, jul./set. 2003. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B0_cbfNprkpCVkFjTzI2UmxKZFk/view>. Acesso em: 19 maio 2016, p.71.

um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realize no resultado concreto e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo¹⁶.

Essa teoria estabelece um vínculo entre a conduta de um agente, o risco criado por ele a um bem jurídico e o resultado por ele causado, estando essa teoria dentro dos valores que o Direito Penal pretende proteger e não dentro do âmbito dos fatos. A imputação objetiva, antecipadamente e insubordinadamente a constatação do dolo ou de culpa, visa responsabilizar juridicamente o agente que através da realização de uma conduta que crie efetivamente um risco ou que tenha provocado um resultado jurídico relevante¹⁷.

Em suma, seria o fato de imputar à um sujeito uma determinada ação que tenha sido concebida através de um risco não permitido pelo direito sendo por ele criado, que por consequência do risco criado se confirme um resultado que lesione o bem jurídico, que obrigatoriamente, deverá ser protegido pelo tipo penal¹⁸.

Portanto para que incida a ocorrência da imputação, Roxin, em sua teoria, apresenta alguns requisitos necessários. São eles: a) criação ou aumento de

16. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.104.

17. BRITO, Carlos Augusto; MARINHO, Suzana. A aplicação especial da teoria da imputação objetiva aos delitos culposos de trânsito sob a ótica do caso Cristiano Araújo e autocolocação em risco e a responsabilização da vítima. *Revista ESMAPE*, n.41, v. 20, jan./jun. 2015. p. 46-47.

18. *Ibidem*. p. 48.

um risco juridicamente relevante; b) a realização desse risco; c) que esse risco esteja contido na esfera de proteção e o alcance do tipo. Outro ponto abordado por Roxin é a diminuição do risco, que não mais é considerado como um critério ou requisito para a formulação de sua teoria e sim é considerado como uma consequência dessa teoria¹⁹.

3.1. Criação ou aumento de um risco juridicamente relevante

A criação ou não de um risco juridicamente relevante é um princípio considerado fundamental para a incidência da imputação por Roxin. O risco é inseparável da conduta humana, uma vez que não existe convivência em sociedade que não gere riscos, e se assim fosse não faria sentido a incidência de normas²⁰.

Esse risco é tido como permitido quando o resultado pretendido pelo agente não depender apenas de sua vontade, e que mais do que isso, caso venha à se realizar, este resultado será fadado ao acaso. Já para a ocorrência de um risco não permitido, o resultado deverá advir por meio da vontade do agente e que esse comportamento seja caracterizado pela norma²¹.

Para ilustrar essa criação ou não de um risco juridicamente relevante, o autor Claus Roxin traz o seguinte exemplo,

19. Essa divisão pode ser vista na obra de Roxin. Cf. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.104-110

20. STIVANELLO, Gilbert. Teoria da imputação objetiva. Brasília. *Revista CEJ*, n. 22, jul./set. 2003 Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B0_cbfNprkpCVkFjTzI2UmxKZFk/view>. Acesso em: 19 maio 2016, p.72.

21. *Ibidem. loc. cit.*



NATÁLIA LACERDA PEREIRA DIAS

a venda de um punhal a uma pessoa de aparência suspeita, ter-se-á de admitir a existência de um certo risco. Mas este risco é permitido. Afinal, uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão delitos dolosos. Do contrário, além de punhais, igualmente não poderiam ser vendidos ou emprestados materiais inflamáveis, fósforos, machados, enxadas²².

Veja que existe um risco na venda do punhal, mas se trata de um risco permitido, isso porque para que se conviva em sociedade é de fundamental importância que se possa confiar na pessoas, ou seja, nesse ponto estaríamos diante do princípio da confiança, o qual também que abordado no pensamento de Günther Jakobs. Perceba que no exemplo demonstrado acima o princípio da confiança se mantém intacto, pois o vendedor não contribui para que o agente cometa alguém ilícito, sendo a sua ação (a venda) ocorrida dentro de um risco permitido.

Diferentemente, portanto, desse segundo exemplo trazido por Roxin,

se, no momento em que estivesse ocorrendo uma perigosa rixa diante da loja, o vendedor entregasse o punhal a um dos contendores. Na hipótese de que alguém fosse morto com o punhal, o vendedor deveria ser punido por homicídio culposo ou por cumplicidade no homicídio, de acordo com o seu conhecimento da situação²³.

22. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.105.

23. *Ibidem*. p. 105-106.





isso ocorre porque no momento em que o agente é conhecedor daquela situação e das consequências que podem vir a acontecer, o agente “rompe” com o princípio da confiança, criando então um risco não permitido, já que nessa ação houve a vontade, logo esse agente que entrega o punhal deve ser imputado por homicídio culposo.

Como parte integrante da imputação objetiva, ainda existe o aumento do risco permitido ou também chamado de incremento ao risco, segundo Roxin, se a conduta do agente não estiver, de nenhuma forma, incrementando o risco, esta não poderá ser imputada. Se por ventura se faça perceptível esse aumento do risco por meio de uma inobservância de um dever de cuidado ou pela própria vontade do agente, será considerado como um incremento, assim passando do limite do risco permitido ensejando em um risco proibido, devendo então o agente ser imputado²⁴.

3.2. Realização do risco

Esse tópico deverá ser observado para a imputação objetiva em um delito consumado no que tange ao dolo do agente²⁵. Para que haja um risco proibido é necessário a realização do mesmo, pois para a imputação objetiva é fundamental a existência de uma conduta e que esta crie um risco não permitido, para que assim o agente possa ser responsabilizado²⁶.

24. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais*, p.87.

25. *Ibidem*. p. 89.

26. BRITO, Carlos Augusto; MARINHO, Suzana. A aplicação especial da teoria da imputação objetiva aos delitos culposos de trânsito sob a ótica do caso Cristiano Araújo e autocolocação em risco e a responsabilização da vítima. *Revista ESMAPE*, n. 41, v. 20, jan./jun. 2015. p. 53.



NATÁLIA LACERDA PEREIRA DIAS

Doutrinariamente é muito comum a utilização de exemplo para que fique claro a realização ou não desse risco considerado com proibido. Como pode ser visto,

no clássico exemplo do indivíduo que é baleado, mas vem a falecer em razão de acidente envolvendo a ambulância que o transportava para o hospital, pode-se afirmar que o autor do disparo criou risco não permitido que, entretanto, não se realizou, eis que a vítima não faleceu em decorrência do tiro, mas sim do acidente²⁷.

Nesse caso em tela o agente não poderá, de maneira alguma, ser imputado por homicídio doloso, pois por mais que ele tenha efetuado os disparos o resultado morte for atribuído por um acidente com a ambulância e não diretamente ao tiro, devendo então esse agente ser imputado por tentativa.

Em linhas gerais isso é explicado, pois no instante em que, ocorre o desvio do curso causal exclui-se automaticamente o dolo, isso porque que o dolo, por sua vez, abrange o curso causal, ou seja, em não havendo curso causal será excluído o dolo, não imputando então o agente pelo crime doloso consumado²⁸.

3.3. Alcance do tipo

Por derradeiro, o penalista traz como requisito para a teoria da imputação objetiva o fim da esfera de proteção à norma e o alcance do tipo. Não há o que

27. STIVANELLO, Gilbert. Teoria da imputação objetiva. Brasília. *Revista CEJ*, n. 22, jul./set. 2003. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B0_cbfNprkpCVkFjTzI2UmxKZFk/view>. Acesso em: 19 maio 2016, p.72-73.

28. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p.107.



confundir o fim de proteção da norma com o alcance do tipo, no instante que o primeiro está na esfera da criação de um risco juridicamente relevante, o segundo se encontra no campo de realização do mesmo.

É mister salientar que não basta a existência de nexos causal entre o risco não permitido causador e o resultado, mas do que isso que necessário que este resultado esteja abarcado pela finalidade da proteção da norma, ou seja, para que possa haver imputação é preciso que a conduta confronte o escopo da norma²⁹.

Como exemplo dado pelo doutrinador alemão, trazendo-o para a realidade das leis brasileiras, a entrega de heroína, o ato de entregar a heroína, por si só, já é considerado como um risco proibido, na medida em que a própria entrega, ainda que gratuitamente, já se encontra abarcada pelo tipo penal³⁰. Ainda no exemplo trazido por Roxin, imagine que aquele indivíduo que recebeu a heroína morre por overdose, o agente que entregou a droga, ainda que tenha agido com dolo eventual³¹ não será passível de imputação uma vez que essa vítima se autocolocou em perigo³².

3.4. Diminuição do risco

Não mais considerado como um critério para a observância teoria da imputação objetiva, Roxin traz

29. STIVANELLO, Gilbert. *op. cit.* p.73.

30. Vide artigo 33 da lei 11.434/06. Lei de drogas.

31. Dolo eventual é assumir o risco de produção do resultado sem o desejar diretamente. O agente prevê a possibilidade de ocorrência do resultado e antecipadamente o aceita dando continuidade à conduta e a materialização perfeita da assunção de risco dentro da formula subjetiva, previsão do resultado e sua aceitação.

32. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p.107-108.



como uma consequência dessa teoria a diminuição do risco. Seria então a atitude do agente que para evitar o acontecimento de um dano maior acaba por produzir um dano menor, ainda que este seja considerado como proibido³³.

Como uma simples ilustração temos o seguinte exemplo, “A” vê uma pedra que se dirige em direção à “B”, sendo que “A” não poderia evitar a colisão da pedra com “B”, tudo que “A” poderia fazer é desviar “B” para que não houvesse o choque com o referido objeto, entretanto, mesmo que a atitude realizada por “A” gere um risco de menos potencial lesivo, esse risco que foi motivado por “A” não será a ele imputado, uma vez que, ele agiu dessa forma para evitar a exposição de “B” a um risco maior³⁴.

Em suma pode-se afirmar que as ações que visam diminuir o risco de lesão não podem ser enquadradas como típicas, posto que não faria nenhum sentido a punição do agente, que mesmo de forma dolosa, tenha evitado um dano maior.

4. QUESTÕES ACERCA DA COLOCAÇÃO EM PERIGO

Depois de explicados os fundamentos e os requisitos abordados por Günter Jakobs e Claus Roxin, dois doutrinadores alemães, que difundiam a teoria da imputação objetiva no direito penal, podemos trazer à baila a questão norte do presente trabalho, a vítima que aceita carona com condutor sobre efeito

33. *Ibidem*. p. 109.

34. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais*, p.84.

de álcool estaria se autocolocando ou heterocolocando em perigo.

Como já mencionado e demonstrado ao longo do texto, os referidos autores possuem pontos de vistas distintos, abordando então critérios próprios para a aplicação da imputação. Analisando agora de forma pratica o assunto abordado em todo texto imagine que após uma festa o sujeito “A”, mesmo sabendo que o sujeito “B” bebeu e que este não se encontra na mais perfeita condição para conduzir um veículo, aceita a sua carona, ocorre que no caminho acontece um acidente ficando “A” paraplégico.

Na visão de Günther Jakobs, aqui existe uma heterocolocação em perigo, a partir do que já foi dito sobre os seus fundamentos e principalmente à luz do princípio da confiança, “A” por mais que soubesse das possíveis consequências ao aceitar a carona de “B”, acreditava, confiava plenamente no papel que seria desempenhado por “B”, que por sua vez não atendeu as expectativas e a confiança depositada por “A”, devendo ele ser imputado objetivamente pelo resultado causado. Sendo impedido, portanto, que “A” seja imputado pelo resultado, visto que foi o sujeito “B” que não correspondeu à expectativa de “A” e não se manteve dentro dos limites do perigo permitido.

Ainda sob o prisma desse mesmo exemplo mostrado acima, orienta-se de forma diametralmente oposta ao pensamento sustentado por Jakobs onde o jurista alemão Claus Roxin, atribuiria a esse fato a autocolocação em perigo de “A”. No instante em que “A” sabe que “B” não estava apto a dirigir e mesmo assim aceita a sua carona ele, naquele momento, é cria-



dor de um risco juridicamente relevante, não sendo “B”, então, passível de imputação alguma. Assim como foi visto no tópico onde falamos do alcance do tipo, mesmo que “B” tenha agido com dolo eventual, este não poderá responder pela livre vontade de “A” ao se expor ao risco que foi por ele criado, desaguando assim na autocolocação em perigo.

A vítima que conscientemente assume o risco que foi criado por terceiro ou contribui para ocorrência de determinado resultado deverá suportar o dano causado, com base no princípio da autoresponsabilidade, o qual evidencia que “o resultado decorrente da ação livre e inteiramente responsável de alguém só pode ser imputado a este e não aquele que o tenha anteriormente motivado”³⁵.

Esse pensamento defendido por Roxin aponta a melhor hipótese de resolução para as questões a serem levantadas acerca da colocação em perigo da vítima que aceita carona com condutor sobre efeito de álcool, isso porque é mais admissível que não haverá imputação ao agente que cooperou na autocolocação em perigo, visto que se assim fosse feriria o princípio da autoresponsabilidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a pesquisa realizada e diante toda exposição demonstrada acima, coaduna-se com a teoria susten-

35. BRITO, Carlos Augusto; MARINHO, Suzana. A aplicação especial da teoria da imputação objetiva aos delitos culposos de trânsito sob a ótica do caso Cristiano Araújo e autocolocação em risco e a responsabilização da vítima. *Revista ESMAPE*, n.41, v. 20, jan./jun. 2015, p. 59.



AUTOCOLOCAÇÃO OU HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO: A VÍTIMA QUE ACEITA CARONA...

tada por Claus Roxin no que diz respeito a colocação em perigo da vítima que aceita carona com condutor sobre efeito de álcool.

Com esse trabalho, foi factível compactuar com a segunda corrente doutrinária, à medida que se parece muito mais plausível à imputação daquele, que nos casos de acidentes que acontecem porque houve a condução de veículo por indivíduo sobre efeito de álcool, que acaba por criar um risco não permitido, seja punido em face da vítima que em convivência com a atitude gerada pelo condutor aceita e se expõe aquele risco criado, devendo este então sofrer as consequências da sua escolha.

Diferentemente do que ocorre com os fundamentos trazidos por Jakobs, onde na concepção dele o fato de se romper o a confiança ou expectativa que foi depositada seria passível de responsabilização, não parece ser aceitável, nem tão pouco praticável.

Porém, existem pontos de convergência entre eles que, por sua vez, são plenamente aceitáveis e entendíveis, seria no caso da existência de riscos permitidos, como foi mostrado durante o trabalho, a convivência em sociedade por si só já é causa de criação de riscos, sendo esses permitidos e adequados socialmente e no momento em que esse risco tem seu limite ultrapassado ou for criado de uma forma não aceita pela sociedade, deverá então ser responsabilizado o causador deste, tendo em vista o nexo entre conduta e resultado.

6. REFERÊNCIAS

BRITO, Carlos Augusto; MARINHO, Suzana. A aplicação especial da teoria da imputação objetiva aos delitos cul-

posos de trânsito sob a ótica do caso Cristiano Araújo e autocolocação em risco e a responsabilização da vítima. *Revista ESMAPE*, n. 41, v. 20, jan./jun. 2015.

JAKOBS, Günther; CALLEGARI, André Luís (tradução). *A imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JAKOBS, Günther; CALLEGARI, André Luís (tradução). *Fundamentos do direito penal*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais*.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAMPAIO, Devapi Souza. Alternativa à ideia de bem jurídico: o funcionalismo sistêmico de Jakobs e o princípio da confiança. *Revista do CEPEJ*, n. 9, jul./dez. 2008.

STIVANELLO, Gilbert. Teoria da imputação objetiva. Brasília. *Revista CEJ*, n. 22, jul./set. 2003. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B0_cbfNprkpCVkFjT-zI2UmxKZFk/view>. Acesso em: 19 maio 2016.



Capítulo IX

O aumento da vulnerabilidade do consumidor nas compras pela *internet*

Orlando Ribeiro Serra

Discente do 5º semestre de Direito da Faculdade Baiana de Direito e
Gestão. E-mail: orlando_serra_2@outlook.com





O aumento da vulnerabilidade do consumidor nas compras pela *internet*

Resumo: O intuito do presente trabalho é explanar sobre as vulnerabilidades, dando principal enfoque ao consumidor (que trata-se de um vulnerável) quando realizam compras pela *internet*.

Palavras-chave: Vulnerabilidade. Vulnerável. Relações de consumo. Consumidor. Abusos.

Sumário: 1. Introdução — 2. Vulnerabilidade — 3. Vulnerabilidade do consumidor — 4. Vulnerabilidade do consumidor nas compras pela *internet* — 5. Considerações finais — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A vulnerabilidade tem se mostrado um tema extremamente importante nos dias atuais. Isso porque diversos grupos de pessoas têm sido colocados à margem da sociedade, o que faz com que aumente o rol de vulnerabilidades ao longo dos anos.

O consumidor vem sofrendo constantes abusos devido à sua vulnerabilidade, o que vem trazendo prejuízos a ele. Isso faz com que exista uma necessidade de proteção.



ORLANDO RIBEIRO SERRA

Nesta obra será explorada a vulnerabilidade do consumidor, seus aspectos, a sua proteção pelo ordenamento pátrio, o posicionamento de diversos autores, além de mostrar a dificuldade de proteção quando se utiliza a *internet* como meio de realização de compras.

2. VULNERABILIDADE

A vulnerabilidade vem do latim “vulnus”, que significa “ferida”. Dessa forma, Maria do Céu Patrão Neves conceitua a vulnerabilidade como a susceptibilidade de ser ferido, ou seja, trata-se de uma fragilidade, se fazendo necessário que os vulneráveis possuam um tratamento diferenciado dos demais. Logo, as pessoas que realizarem relações com essas pessoas vulneráveis tem que ter todo um cuidado para não feri-las.¹

Ensina Marcio Fabri dos Anjos que:

Por referência aos sujeitos, a vulnerabilidade pode se referir a toda humanidade, a grupos sociais concretos e a indivíduos. Por referência à ação, a vulnerabilidade pode simplesmente estar assimilada na vida relacional ou estar exposta e, neste caso, estar sendo defendida ou explorada nas relações (quando a vulnerabilidade se torna vulneração).²

Segundo C. L. Marques, “a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco

-
- 1 NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista brasileira de bioética*, v. 2, 2006. Disponível em: <<https://rbbioetica.files.wordpress.com>>. Acesso em: 14 abr. 2016, p. 158.
 - 2 DOS ANJOS, Márcio Fabri. A vulnerabilidade como parceria da autonomia. *Revista brasileira de bioética*, v. 2, 2006. Disponível em: <<https://rbbioetica.files.wordpress.com>>. Acesso em: 14 abr. 2016, p. 181.



ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva”.³

Qualquer um pode vir a estar numa situação de vulnerabilidade. A vulnerabilidade trata-se de uma condição do indivíduo que pode ser tanto permanente como provisória⁴. É permanente quando o sujeito traz consigo a tendência de ser ferido em toda e qualquer situação, como é o caso das crianças. O vulnerável provisório é aquele que em determinadas situações, ou por não ter um conhecimento específico ou por não ter um grande poderio econômico, corre um grande risco de sofrer abusos, pode haver, assim, um desequilíbrio nas relações, como ocorre nas relações consumeristas, em que o consumidor é o vulnerável.⁵

Segundo von Hippel, citado por Claudia Lima Marques, “a criança é um exemplo de vulnerável, desde o seu nascimento até mesmo durante o seu desenvolvimento necessita de ajuda e cuidados para sobreviver.”⁶

Todo e qualquer sujeito pode estar na condição de vulnerável, logo ser “vulnerável” não é uma característica específica de determinado sujeito, diversos

- 3 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.120.
- 4 BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.97.
- 5 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.150-152.
- 6 HIPPEL, Eike von APUD MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

são os vulneráveis. São vulneráveis: o consumidor, as crianças, os adolescentes, os LGBTs.⁷ Isso porque sujeitos como os LGBTs são discriminados pela sociedade, o que deixa numa condição de vulnerabilidade. Já as crianças, sua vulnerabilidade é devido a sua inexperiência.

São diversas as pessoas e grupos de pessoas que podem ser considerados vulneráveis. O próprio ordenamento brasileiro, notando a necessidade de proteção de determinados indivíduos ante a sua vulnerabilidade, protege alguns grupos, como é o caso do consumidor através do Código de Defesa do Consumidor, da criança e do adolescente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, e do deficiente com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Reforça Nilson Campos Silva que

os grupos vulneráveis são os grupamentos de pessoas que, não obstante terem reconhecido seu status de cidadania, são fragilizados na proteção de seus direitos e, assim, sofrem constantes violações de sua dignidade: são, por assim dizer, tidos como invisíveis para a sociedade, tão baixa é a densidade efetiva dessa tutela. Neles se inserem, por exemplo, os migrantes, os refugiados, as crianças, as mulheres, os idosos, os homossexuais, os consumidores, os trabalhadores e as pessoas com deficiência, que, não obstante

7 CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. *Entre hefesto e procusto a condição das pessoas com deficiência*. 2010 (Mestrado em Direito) Faculdade de direito, Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho, p. 115-120. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/162>>. Acesso em: 3 maio 2016.

contarem com o reconhecimento de suas cidadanias e com a previsão de tutela especial no ordenamento jurídico, sofrem discriminações e exclusões.⁸

Diante dos fatos já mencionados, percebe-se que, para o estabelecimento de uma relação com um indivíduo vulnerável é necessário que haja um cuidado da parte mais forte para que não abuse deste, bem como para que se permita que o vulnerável tenha autonomia na prática dos seus atos.⁹ Sendo assim, o indivíduo que travar relações com um vulnerável deve ter o cuidado de mostrar todos os pontos positivos e negativos minuciosamente e permitir de todas as formas que esse vulnerável possa exercer sua autonomia.¹⁰

É notória a necessidade do estabelecimento da igualdade material nas relações e não apenas a igualdade formal. A igualdade formal consiste em igualar todas as pessoas perante a lei. Já a igualdade material seria tratar os desiguais com desigualdade para que se alcance a igualdade¹¹. Essa necessidade de uma

- 8 CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. *Entre hefesto e procusto a condição das pessoas com deficiência*. 2010. Tese (Mestrado em Direito) Faculdade de direito, Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho, p. 115-120. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/162>>. Acesso em: 3 maio 2016.
- 9 DOS ANJOS, Márcio Fabri. A vulnerabilidade como parceria da autonomia. *Revista brasileira de bioética*, v. 2, 2006. Disponível em: <<https://rbbioetica.files.wordpress.com>>. Acesso em: 14 abr. 2016, p. 177.
- 10 DOS ANJOS, Márcio Fabri. A vulnerabilidade como parceria da autonomia. *Revista brasileira de bioética*, v. 2, 2006. Disponível em: <<https://rbbioetica.files.wordpress.com>>. Acesso em: 14 abr. 2016, p. 177.
- 11 CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 536.



ORLANDO RIBEIRO SERRA

igualdade material cabe perfeitamente nos casos dos vulneráveis. Isso porque os vulneráveis precisam ser tratados de forma diferenciada para que possam exercer sua autonomia¹².

São atribuídos diversos sentidos a vulnerabilidade¹³. Ao tratar do aspecto existencialista como um primeiro sentido, tem-se que todo ser humano é vulnerável devido a premissa de que morrerá um dia, e portanto, carece de proteção em decorrência desta vulnerabilidade. Em um segundo sentido, tem-se a vulnerabilidade de pessoas ou grupos específicos de pessoas¹⁴.

Num tempo mais remoto, em Esparta, os bebês que nasciam com alguma debilidade física ou mental eram sacrificados em precipícios, sendo selecionados os bebês ditos “perfeitos”.¹⁵ Ao longo dos anos, está ideia espartana se dissipa, entretanto, os indivíduos que possuem alguma debilidade física ou mental são colocados à margem da sociedade.

Essa viagem histórica faz-se necessária para se entender que o vulnerável (que no exposto trata-se do portador de deficiência), que no início foi excluído através do sacrifício, com o passar do tempo passou

12 DOS ANJOS, Márcio Fabri. A vulnerabilidade como parceria da autonomia. *Revista brasileira de bioética*, v. 2, 2006. Disponível em: <<https://rbbioetica.files.wordpress.com>>. Acesso em: 14 abr. 2016, p. 177-179.

13 NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista brasileira de bioética*, v. 2, 2006. Disponível em: <<https://rbbioetica.files.wordpress.com>>. Acesso em: 14 abr. 2016, p.164-166.

14 *Idem. Ibidem*, p.164.

15 CATELLI JUNIOR, Roberto. *História: texto e contexto: Ensino Médio*. São Paulo: Scipione, 2006. P.31, 109-105.





O AUMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS PELA INTERNET

a ser marginalizado e hoje se percebe a necessidade uma proteção e uma maior participação desse vulnerável na sociedade¹⁶. Dessa forma, o vulnerável está tendo uma maior autonomia e uma maior proteção na sociedade.

Os Indivíduos e grupos de vulneráveis devem ser protegidos¹⁷. São por esses motivos que o Direito Privado se preocupou em dar um tratamento especial aos vulneráveis. Dessa forma, no Direito Privado são identificados os vulneráveis e, a partir disso são concedidos direitos especiais para eles, uma lógica baseada em discernir para que ocorra a devida proteção¹⁸.

Um desses grupos de vulneráveis protegidos pelo Direito Privado trata-se do consumidor. Essa comprovação é evidente na leitura dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. A vulnerabilidade do consumidor será explanada no próximo capítulo.

3. VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Ensina o Código de Defesa do consumidor (CDC) que: “O consumidor é toda pessoa física ou jurídica

16 SANT'ANA, Maurício Requião de. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17254/1/Tese%20Maur%C3%ADcio%20Requi%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 14 abr.2016, p 132.

17 NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista brasileira de bioética*, v. 2, 2006. Disponível em: <<https://rbbioetica.files.wordpress.com>>. Acesso em: 14 abr. 2016, p.167.

18 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 114.

que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Esse conceito é utilizado como base para entender quem são os consumidores. Dessa forma, é considerado consumidor uma pessoa que vai numa loja e compra um celular para satisfação pessoal, pois ele estaria utilizando o produto como destinatário final, ou seja, aquele que retira o bem do mercado ao compra-lo, ou quando ele somente usa o produto, pois estaria colocando um fim na cadeia de produção¹⁹.

O consumidor pertence ao grupo dos vulneráveis. Essa vulnerabilidade é estabelecida através das relações de consumo²⁰. Neste sentido, conforme o exposto no capítulo anterior, pelo fato do consumidor fazer parte desse grupo, ele está susceptível a ser ferido, ou seja, propenso a sofrer abusos²¹.

Ensina Ricardo Maurício Freire Soares que:

O vocábulo “vulnerabilidade” comporta diversos significados no mercado de consumo, os quais resultam da desigualdade socioeconômica verificada entre fornecedores e consumidores. Essa vulnerabilidade do consumidor é multifária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preço, crédito e outros caracteres dos produtos e serviços. Acres-

19 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 105-106.

20 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p.302

21 NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista brasileira de bioética*, v. 2, 2006. Disponível em: <<https://rbbioetica.files.wordpress.com>>. Acesso em: 14 abr. 2016, p. 158.



O AUMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS PELA *INTERNET*

cente-se que o consumidor ainda é cercado por uma publicidade ostensiva, não estando, além disso, tão organizado quanto os fornecedores para salvaguardar seus interesses²².

São inúmeros os abusos aos consumidores, sendo estes observados tanto antes quanto após a venda. As cobranças abusivas de débitos, filas com mais de uma hora de duração, atendimentos ao *call center*, contratos de longa duração, e a dificuldade de cancelamento de serviços são exemplos de abusos cometidos em relação aos consumidores ²³. Esses abusos ofendem os direitos do consumidor, portanto, o deixando-os em situação de fragilidade.

Reforça Claudia Lima Marques que:

consumidor é o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade “de consumo” ou de massa²⁴.

É evidente que o consumidor é vulnerável e merece uma devida proteção. Com o reconhecimento da vulnerabilidade, proporcionou-se a criação de normas de

22 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.92.

23 ZABAN, Breno; Vulnerabilidade do Consumidor: Estudo empírico sobre a capacidade de tomada de decisões financeira por interessados na compra de imóveis. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 101, p. 213, set./out. 2015.

24 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p.302.

proteção. No Brasil, a defesa do consumidor foi considerada como direito fundamental com a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso XXXII²⁵. Além disso, estabeleceu-se no Código de Defesa do Consumidor (art.4º, I) o Princípio da Vulnerabilidade²⁶.

Dessa forma, o consumidor é um vulnerável que goza de dupla proteção, tanto através da Lex Mater, quanto pelo Código de Defesa do Consumidor.

Reforça Antônio Carlos Efig:

A defesa do consumidor aparece no texto constitucional entre os direitos e deveres individuais e coletivos, com a prescrição de que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor à categoria de princípio geral da atividade econômica”(art.170, inc.V), contando “com princípios basilares para o modelo” político/econômico brasileiro, como o da soberania nacional, da propriedade privada, da livre concorrência e outros²⁷.

O consumidor perante o fornecedor ocupa uma posição desprivilegiada²⁸. Isso porque o fornecedor já possui domínio sobre o mercado e conhece melhor as técnicas de negociação. Nessa lógica, tornou-se necessária a adoção de medidas que favoreçam o con-

25 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2. ed. p.151.

26 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p.304.

27 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito Brasileiro das Relações de Consumo: Consumo Desenvolvimento e Sustentabilidade*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 30.

28 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O conceito jurídico de consumidor. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol.18, p. 25, abr./jun. 2004.

sumidor para haja o restabelecimento do equilíbrio dessa relação consumerista²⁹ e, assim, promover uma igualdade material, conforme abordado no capítulo referente à vulnerabilidade.

Essas medidas consistem na inversão do ônus da prova e na imposição de deveres aos fornecedores, a exemplo dos deveres de informação e da vinculação da oferta, que colimam restabelecer o equilíbrio da relação consumerista para que o consumidor não fique em situação de prejuízo³⁰.

Existe a necessidade de diferenciar o princípio da vulnerabilidade com a hipossuficiência, diante da corriqueira confusão feita diante destes termos: a hipossuficiência está ligada a dificuldade de produção de prova pelo consumidor no âmbito processual, em que se avalia a condição do consumidor com base no seu grau de instrução, a natureza do serviço prestado, e as condições em que o fornecedor desempenha suas atividades³¹. Já a vulnerabilidade é um estado inerente a condição de consumidor. Dessa forma, o consumidor será sempre vulnerável, mas nem sempre hipossuficiente³².

Claudia Lima Marques trata acerca das quatro perspectivas da vulnerabilidade do consumidor:

29 CARPENA, Heloisa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19, p. 35, jul./set. 2004.

30 *Idem. Ibidem.*

31 CARPENA, Heloisa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19, p.36-37, jul./set. 2004.

32 *Idem. Ibidem.*

A vulnerabilidade do consumidor se distingue em vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional”. Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto a sua utilidade [...] A vulnerabilidade jurídica ou científica corresponde à falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. Esta vulnerabilidade, no Sistema do Código de Defesa do Consumidor, é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física [...] A vulnerabilidade fática ou socioeconômica, em que o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe superioridade a todos que com ele tratam [...] A vulnerabilidade informacional. O que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional³³.

Essa indicação das diferentes perspectivas de vulnerabilidade tem relevante importância para a compreensão de que a vulnerabilidade do consumidor se configura por diferentes aspectos.

Reforça Rizzatto Nunes:

O consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e ela decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é

33 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.156.



O AUMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS PELA *INTERNET*

monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. É por isso que, quando se fala em “escolha” do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção de lucro. O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor³⁴.

É evidente que o consumidor é vulnerável e que este possui a sua proteção prevista tanto pelo Código de Defesa do Consumidor quanto pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, com a adesão da *internet*, percebe-se redução da proteção, conforme será observado no próximo capítulo.

4. VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS PELA *INTERNET*

Nos últimos anos, a *internet* vem sendo bastante utilizada para a prática de relações de consumo, o que vem provocando um aumento na vulnerabilidade do consumidor. Esse meio de contratação é extremamente complexo, visto que possui elementos específicos,

34 NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.178.



ORLANDO RIBEIRO SERRA

como a distância entre os polos ativo e passivo, além da indeterminação de um local físico para a contratação, visto que esta se dá em ambiente virtual.³⁵

De acordo com Claudia Lima Marques:

A contratação por meio eletrônico é efetivamente complexa e diferente daquela que estamos acostumados, contratação presencial e interpessoal (com vendedores, representantes, caixas bancários), na língua natal (contratação oral, por meio de palavras e gestos, ou por escrito, por meio de prospectos, manuais e textos contratuais impressos), geralmente sobre bens corpóreos e nacionais³⁶. [...] O meio eletrônico é utilizado para ofertar ou concluir o contrato de consumo.

A *internet* apresenta três particularidades que produzem efeitos no mundo jurídico. São elas: a ausência de fronteiras, a transitoriedade e a sua enorme extensão.³⁷

A ausência de fronteiras é uma característica em que uma pessoa em qualquer lugar do mundo tem acesso à informação daquele website, ou seja, a informação não é delimitada conforme as fronteiras dos países. A segunda particularidade da *internet* é a sua transitoriedade, pois um website pode ser criado, modificado e extinto a qualquer momento. Já a terceira peculiaridade diz respeito a enorme extensão da rede que pode ser alcançada pelo mundo todo. Essas três

35 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p.58.

36 *Idem*. *Ibidem*. p.57.

37 MODENESI, Pedro. Comércio eletrônico e tutela do ciberconsumidor. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 48, p. 68, out./dez. 2011.





O AUMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS PELA *INTERNET*

peculiaridades dificultam a efetivação dos direitos dos consumidores.³⁸

Segundo Claudia Lima Marques, “nada mais pós-moderno do que relações virtuais, desmaterializadas, que envolvam uma pluralidade de agentes, típicas da sociedade de informação, fluidas, rápidas, visuais, interativas, simultâneas, despersonalizadas, entretanto, globalizadas e culturalmente niveladas, atemporais, internacionais, desterritorializadas”.³⁹

Reforça Ricardo de Macedo Menna Barreto:

Não obstante, mais que a despersonalização, a impessoalidades e as generalizações (como base de mediação do consumo) podem ser consideradas as marcas dessa nova cultura, ainda que paradoxalmente se possa apontar a cultura “quem é” esse ciberconsumidor: trata-se, agora, de um consumidor operando em rede, presente em continuidades e redes sociais na *internet*, paradoxalmente mais forte e mais vulnerável.⁴⁰

Nas compras realizadas pela *internet* não existe um diálogo, a compra é feita em silêncio, com a simples conduta de apertar o botão a pessoa ingressa numa relação jurídica⁴¹, o que deixa o consumidor ex-

38 MODENESI, Pedro. Comércio eletrônico e tutela do ciberconsumidor. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 48, p. 87, out./dez. 2011.

39 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 60-61.

40 BARRETO, Ricardo de M.M. *Redes sociais na internet e direito: a proteção do consumidor no comércio eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 87.

41 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p.67.



ORLANDO RIBEIRO SERRA

tremamente vulnerável, pois, devido a uma desatenção na hora do *click*, ao invés de apertar o botão de “cancelar”, acaba-se clicando no botão “aceito”.

Dessa forma, o consumidor não tem a possibilidade de conversar com o fornecedor, o que acaba por gerar no mundo jurídico, uma relação que o consumidor não desejava que ocorresse⁴².

São identificadas algumas disparidades que aumentam a vulnerabilidade do consumidor nas compras pela *internet*, em que ocorrem um desequilíbrio da relação consumidor e fornecedor.

Essas disparidades podem ser econômicas (desequilíbrio de patrimônio entre fornecedor e consumidor), tecnológicas (diferença exorbitante de conhecimento), e de informação (as informações aos produtos que são disponibilizadas).⁴³

Ensina Claudia Lima Marques:

No caso das relações entre o consumidor e fornecedor, este controle informacional, técnico e de linguagem está plenamente concentrado no lado do expert, do fornecedor e do organizador e do intermediário da cadeia de fornecimento por *internet*. A própria autoria da mensagem, a identidade e localização do fornecedor são momentos de vulnerabilidade do consumidor.⁴⁴

42 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

43 MODENESI, Pedro. Comércio eletrônico e tutela do consumidor. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.48, p.76-77, out./dez. 2011.

44 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p.73.





O AUMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS PELA *INTERNET*

As compras pela *internet* podem gerar sérios riscos para os consumidores. Um desses riscos é a impossibilidade de ver e de experimentar o produto, ou seja, o consumidor acaba comprando, sem saber o que de fato está comprando, baseado em imagens.

Outros riscos dizem respeito a erros e manipulações no momento de concluir ou de se arrepender do negócio, fornecedores não sérios ou falsários, perda do valor pago, a demora extrema no fornecimento e entrega do produto ou serviço, os riscos com dados sensíveis enviados e uso indevido das senhas e dos dados financeiros⁴⁵.

Os fornecedores veem no comércio pela *internet* uma maneira extremamente eficaz para auferir lucro e, violações a direitos básicos dos consumidores passaram a ser comuns⁴⁶. Dessa forma, toda a preocupação que a Constituição e o Código de Defesa do Consumidor têm dado a estes indivíduos vem sendo reduzida quando o meio utilizado para a realização do consumo é a *internet*.

Guido Alpa⁴⁷, citado por Claudia Lima Marques é enfático sobre a necessidade de proteger de forma efi-

45 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p.53.

46 LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. Comércio Eletrônico: A vulnerabilidade do consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na *internet*. *Revista de Direito do Consumidor*, n 97, p.281, jan./fev. 2015.

47 Alpa apud MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p.52.



ORLANDO RIBEIRO SERRA

ciente os consumidores também quando eles se utilizam do meio eletrônico para negociar ou contratar.⁴⁸

A título exemplificativo se tem as compras coletivas, em que essa vulnerabilidade é aumentada mais ainda, porque os sites só são elos entre consumidor e fornecedor, logo, discute-se a responsabilização desses sites, que se apresentam apenas como “terceiros” nas relações jurídicas⁴⁹. Outro problema é a complexidade nas compras coletivas, em que os consumidores não têm conhecimento sobre o funcionamento desse tipo de compra pela *internet*.

É evidente que a *internet* traz uma aparência de liberdade e rompe diversas barreiras como as fronteiras das línguas, porém aumenta a vulnerabilidade do consumidor. Dessa forma, é um meio que traz sérios riscos a proteção consolidada do consumidor.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vulnerabilidade trata-se de uma fragilidade e, por isso, é necessário um tratamento diferenciado das outras pessoas não vulneráveis, buscando, assim, uma igualdade material, ou seja, tratar os desiguais com desigualdade.

48 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p.52.

49 LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. Comércio Eletrônico: A vulnerabilidade do consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na *internet*. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 97, p. 281, jan./fev. 2015.



Um desses vulneráveis é o consumidor, portanto merece uma devida proteção. Neste sentido, existe toda uma proteção em torno do consumidor tanto pela Constituição Federal como pelo Código de Defesa do consumidor. Isso porque numa relação entre consumidor e fornecedor, o consumidor está em extrema desvantagem. Dessa forma, com essa dupla proteção faz com que esse consumidor possua garantias para que exista uma igualdade nessa relação.

Na contramão dessa realidade está a *internet*, que se faz um meio muito utilizado. Porém, a *internet* é um meio muito complexo para a realização de compras, deixando os consumidores mais vulneráveis ainda. Essa vulnerabilidade é constantemente explorada pelos fornecedores que já conhecem todas as artimanhas para sair por cima nas relações com os consumidores.

O CDC vem constantemente protegendo os consumidores, mas essa proteção vem sendo dificultada devido as constantes mudanças tecnológicas. Dessa forma, essa adequação fica cada vez mais difícil.

6. REFERÊNCIAS

- BARRETO, Ricardo de M.M. *Redes sociais na internet e direito: a proteção do consumidor no comércio eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. *Entre hefesto e procusto a condição das pessoas com deficiência*. Tese (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Faculdade Estadual

- de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/162>>. Acesso em: 3 maio 2016.
- CARPENA, Heloisa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19, jul./set. 2004.
- CATELLI JUNIOR, Roberto. *História: texto e contexto: Ensino Médio*. São Paulo: Scipione, 2006.
- CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- DOS ANJOS, Márcio Fabri. A vulnerabilidade como parcerias da autonomia. *Revista brasileira de bioética*, vol. 2, 2006. Disponível em: <<https://rbbioetica.files.wordpress.com>>. Acesso em: 14 abr. 2016.
- EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito Brasileiro das Relações de Consumo: Consumo Desenvolvimento e Sustentabilidade*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. Comércio Eletrônico: A vulnerabilidade do consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na internet. *Revista de Direito do Consumidor*, n 97, jan./fev. 2015.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e proteção do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MODENESI, Pedro. Comércio eletrônico e tutela do ciberconsumidor. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 48, out./dez. 2011.
- NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista brasileira de bioética*, vol. 2, 2006. Disponível em: <<https://rbbioetica.files.wordpress.com>>. Acesso em: 14 abr. 2016.
- NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O conceito jurídico de consumidor. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 18, abr./jun. 2004.
- SANT'ANA, Maurício Requião de. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17254/1/Tese%20Maur%C3%ADcio%20Requi%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.
- SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ZABAN, Breno; Vulnerabilidade do Consumidor: Estudo empírico sobre a capacidade de tomada de decisões financeira por interessados na compra de imóveis. *Revista de Direito do Consumidor*, n 101, set./out. 2015.





Capítulo
X

A afetação do *cyberbully* e a vulnerabilidade em menores de idade: a problemática relação entre agressor e ofendido

Rafael Cruz da Rocha Dias

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.





A afetação do *cyberbully* e a vulnerabilidade em menores de idade: a problemática relação entre agressor e ofendido

Resumo: Artigo destinado à análise do *cyberbullying* e os principais motivos dos agressores nas suas ações contra as vítimas, que se sentem vulneráveis, principalmente nas redes sociais. Além disso, procura verificar se as principais instituições da sociedade são atores para mudar esse paradigma, ou se apenas são meros espectadores, tendo como referência agressores e vítimas menores de idade.

Palavras-chave: *Cyberbullying*. *Bullying*. Violência. Menores de idade. Agressor.

Sumário: 1. Introdução — 2. *Bully*, *cyberbullying* e assédio moral — 3. A afetação do *cyberbullying* nas relações sociais e a sua maior incidência em sujeitos vulneráveis: o caso das crianças e adolescentes: 3.1. *Cyberbullying* na perspectiva do agressor: relato de caso 3.2. *Cyberbullying* na perspectiva do ofendido: relato de caso — 4. Medidas jurídicas e sociais para evitar ou diminuir o *cyberbullying* entre as crianças e adolescentes — 5. Considerações finais — 6. Referências.



1. INTRODUÇÃO

O *Cyberbullying* é um tema relativamente novo na sociedade, consequência da *internet* na forma que a conhecemos hoje. A *internet* trouxe novas formas de comunicação, eficazes e mais rápidas no que diz respeito ao modo como nos relacionamos. Mídias sociais como *Facebook*, *Whatsapp* e *Twitter* possuem um arcabouço de debates e informações, representando um novo traço à democracia nos moldes contemporâneos. Notícias em tempo real sem precisar sair de casa, leitura de jornais pela *internet*, negócios jurídicos em sites especializados e fatos complexos, como a organização de movimentos sociais nas redes sociais, que tiveram um papel importante em revoluções como a derrubada de um poder ditatorial na Primavera Árabe. No Egito, por exemplo, onde os Egípcios, pediram a deposição do Presidente Mubarak, que foi deflagrada e articulada nas redes sociais¹. Enfim, muitas são as críticas positivas em relação a ela.

Todavia, não apenas existem críticas positivas: a *internet* tem um lado obscuro e que também chega a todos os lugares. Muitas pessoas pensam que a *internet* é uma “terra sem lei”, em que seus atos não terão consequências; existe, então, um sentimento de passividade, de que nada vai acontecer, o que dá origem ao *cyberbullying*. Em relação à vítima, ela pode

1 BRASIL. Congresso. Senado. *Manifestações e protestos populares articulados pelas redes sociais, na internet, preocupam a segurança nacional*. Disponível em: <www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/defesa-nacional/razoes-para-a-implementao-da-estrategia-nacional-de-defesa/manifestacoes-e-protestos-populares-articulados-pelas-redes-sociais-na-internet-preocupam-a-segurana-nacional.aspx>.



se sentir humilhada, odiada por ser si mesma, sendo excluída do seio social, e até mesmo, em casos mais graves, pode cometer suicídio. Em relação ao agressor, pode cometer inclusive crimes na esfera penal: aqueles que maculam a honra.

Pretende-se, com este trabalho, portanto, delinear o tema do *cyberbullying*, que aflige, principalmente, os menores de idade. Os relatos, muitas vezes, não são sabidos pelas instituições — família, escola —, ficando restritos apenas à relação agressor/ofendido, através dos diversos meios tecnológicos — a cada dia que passa, mais elaborados, gerando uma infundável lesão aos direitos da personalidade.

Destarte, um tema tão complexo como este tem que ser levado a sério e precisa estar na pauta das discussões na sociedade. Como uma das medidas jurídicas essenciais para tentar barrar esse mal que afeta nossas crianças e adolescentes, entrou em vigor, em fevereiro de 2016, atendendo aos anseios biopsicossociais e expostos por estudiosos especialistas do tema, a Lei 13.185/15, que institui o programa de combate à intimidação sistemática (*bullying*) e que abarca também o *cyberbullying*. Com ela, espera-se que esse paradigma tão triste mude paulatinamente, pelo bem não só de nossas crianças e adolescentes, os principais alvos do *cyberbullying*, mas também pelo bem de nossa sociedade, que é indiretamente afetada por esse mal.

2. BULLY, CYBERBULLYING E ASSÉDIO MORAL

Cléo Fante² aduz que “A expressão *Bullying* é entendida como: um subconjunto de comportamentos

2 FANTE, Cléo. *Fenômeno bullying: Como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz*. 2. ed. Campinas, SP: Veros, 2005, p.28.



agressivos, sendo caracterizado por sua natureza repetitiva e por desequilíbrio de poder”

Parecido é o conceito da Lei 13.185/15 ao inferir que:

§ 1º No contexto e para os fins desta lei, considera-se intimidação sistemática (*bullying*) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

O *cyberbullying* também é abarcado pela Lei 13.185/15, no seu artigo segundo, parágrafo único: “Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.”

Em relação ao que vem a ser assédio moral, Sônia Mascaro Nascimento³, doutora em direito do trabalho, aduz que:

O assédio moral é conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir aposição do empregado no emprego ou deteriorar o

3 NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. Assédio moral no ambiente do trabalho. *Revista LTR*, São Paulo, v. 68, n. 08, 2004, p. 922.

ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho no exercício de suas funções

Carlos Roberto Gonçalves⁴ considera assédio moral como sinônimo do termo *bullying*; apesar disso, *data venia*, ele merece um tratamento diferenciado. Assédio moral na concepção do texto aqui exposto diz respeito precipuamente ao ambiente de trabalho, com uma hierarquia estabelecida, como, por exemplo, empregado X patrão, como se pode inferir da conceituação de Sônia Mascaro Nascimento.

Para reiterar essa distinção entre *bullying* e assédio moral, outra grande autora os considera conceitos distintos. Conforme os ensinamentos de Maria de Fátima Zanetti Barbosa e Santos⁵ aduz que “Nos casos de violência psíquica entre crianças, os especialistas têm preferido a expressão “bullying”. Especificamente por ser um ato ilícito, é passível de punição, apesar de a Lei 13.185/15 expressamente não ditar isso. Não é outra a opinião do doutrinador Rui Stoco⁶ ao inferir que

Também as violações e importunações dirigidas às crianças e adolescentes sob a forma de “bullying” poderão, pela sua intensidade e reiteração conduzir ao dever de reparar os danos de natureza material e moral causados, devidos pelos próprios ofensores

4 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 535.

5 SANTOS, Maria de Fátima Zanetti Barbosa e. Dano e assédio: moral e sexual. *Revista do Advogado*, ano XXVIII, n 97, maio 2008, p.149.

6 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. rev., atual. e reform. com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 2289.



RAFAEL CRUZ DA ROCHA DIAS

(maiores ou menores de idade) e/ou seus pais, nos termos dos arts. 928 e 932, I, do CC/02.

3. A AFETAÇÃO DO *CYBERBULLY* E A SUA MAIOR INCIDÊNCIA EM SUJEITOS VULNERÁVEIS: O CASO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Uma violência que se transferiu do mundo real/físico para o mundo virtual/não-físico, o *cyberbullying* é considerado por muitos⁷ como mais cruel do que o *bullying* tradicional, devido ao fato de que, na *internet*, os xingamentos e as provocações estão permanentemente atormentando as vítimas. Antes, o constrangimento ficava restrito aos momentos de convívio dentro da escola; agora, na maior parte do tempo acontece a situação de conflito. Isso ocorre devido ao fato de que há cada vez mais ferramentas virtuais e de que a troca de mensagens via celular é muito usada pelos jovens que, com isso, frequentemente acabam se expondo mais do que deveriam.

A tecnologia permite que, em alguns casos, seja muito difícil identificar o(s) agressor(es), o que aumenta a sensação de impotência. Esse tormento infindável que a *internet* provoca faz com que os sujeitos vulneráveis (crianças e adolescentes) humilhados não se sintam mais seguros em lugar algum, em momento algum. Em comparação ao *bullying* real/físico, bastava sair da escola para acabar com ele e seguir sua vida rotineira, ou seja, estar com os amigos de verdade para se sentir totalmente seguro. Agora, com sua

7 SANTOMAURO, Beatriz. *Cyberbullying: a violência virtual*. Disponível em: <novaescola.org.br/formacao/cyberbullying-violencia-virtual-bullying-agressao-humilhacao-567858.shtml>.



intimidade invadida, todos podem ver os xingamentos e não existe fim de semana ou férias⁸.

O *cyberbullying* é mais pernicioso do que o *Bullying* tradicional, como se pode ver, principalmente pela vítima não saber, muitas vezes, quem está do outro lado da tela. A vítima se sente hipervulnerável; há lesão à sua personalidade e anonimato da fonte agressora, pelo menos, aprioristicamente.

Uma pesquisa feita este ano pela organização não governamental Plan, com 5 mil estudantes brasileiros de 10 a 14 anos, aponta que 17% já foram vítimas de *cyberbullying* no mínimo uma vez. Desses, 13% foram insultados pelo celular e os 87% restantes por textos e imagens enviados por e-mail ou via sites de relacionamento. Enquanto em relação ao *bullying* tradicional apenas 10%. A pesquisa mostra um dado monstruoso: o *cyberbullying* já é mais frequente que o *bullying* real/físico no Brasil e se mostra como mais uma forma de tornar as vítimas vulneráveis.⁹

Diante do exposto, busca-se entender mais sobre as nuances desse mal que acomete esses sujeitos vulneráveis, através de dois relatos que chamam a atenção e merecem ser refletidos, em um universo de cinco relatos pesquisados. Relatos esses de crianças e adolescentes de classe média. Três relatos se passaram na cidade de Salvador, enquanto o mais grave ocorreu em Feira de Santana e, infelizmente, provam quão problemática é essa relação jurídica entre agressor e ofendido. Dentre eles, três já haviam sofrido ou

8 *Idem. loc.cit.*

9 *Idem. loc.cit.*



praticado o *cyberbullying*, sendo agressor ou vítima, um sabia de alguém ou teve conhecimento de alguém que foi agressor ou vítima, e um não sabia, não foi vítima nem foi agressor.

3.1. *Cyberbullying* na perspectiva do agressor

R.J.P, atualmente com vinte e dois anos, do município de Salvador, pertencente à classe média, na época em que tinha catorze anos de idade participou junto com outros colegas de diversas agressões a um determinado colega — de mesma idade — no ensino fundamental. Segundo o relato, a vítima não esboçava reação frente às agressões, chegando mesmo a R.J.P alegar que se a vítima tivesse dito para eles pararem, na mesma hora parariam. R.J.P alegou que não houve essa exteriorização da vontade por parte da vítima para que eles parassem com as brincadeiras e, portanto, ele achou que não via mal algum nelas.

Segundo o relato de R.J.P, as primeiras abordagens contra a vítima começaram de maneira simplória: gozações frente à vítima sem que ela percebesse, passando, em seguida, a ataques diretos com injúrias e difamações. Tempos depois, passaram para o âmbito virtual, havendo uma extensão do *bullying* real/físico — apesar de atualmente se considerar o caráter autônomo do *cyberbullying*, existem relatos de agressores/*bullies* que se utilizam apenas desses meios tecnológicos, sem antes ou depois ter havido qualquer tentativa de constrangimento cara a cara. Foi utilizado o Orkut, na época em voga, através da criação de comunidades de cunho ofensivo contra a vítima e comentários ofensivos também na rede.

R.J.P falou que percebia que a vítima ficava cada dia mais triste e que em nenhum momento ela levou isso à direção da escola em que estudavam, nem procurou abordar esse tema na sala de aula frente aos alunos, e que ela chegou a tal ponto de definhamento que eles decidiram por si próprios parar com tais agressões. Ao ser indagado sobre a existência de arrependimento acerca dos fatos ocorridos naquela época, R.J.P disse que se arrependeu, sim, e que, nos dias atuais, não teria feito o que fez naquela época. Reiteinou que o *bullying* e sua modalidade virtual são muito sérios e não podem ser levados como algo simplório ou bobo, pois são um problema interdisciplinar.

O que chamou a atenção para esse caso foi o fato de R.J.P afirmar que tudo não passava de uma brincadeira e que, se a vítima tivesse dito para parar, eles parariam. Ao ser perguntado sobre o que ocorreu com a vítima depois dessas agressões, não soube afirmar de maneira precisa. Destarte, pode-se perceber que a motivação do agressor/*bullie* se pautava em um cunho meramente jocoso, e que, na cabeça dele, não estava ferindo a vítima de forma alguma, pois, se estivesse, ela falaria e, conseqüentemente, “na mesma hora parariam”.

3.2. Cyberbully na perspectiva do ofendido

A.P, atualmente com vinte e dois anos de idade, irmã da vítima que sofreu o *bullying* e, posteriormente, o *cyberbullying* em uma renomada escola de Feira de Santana, relatou o caso de agressão contra seu irmão e como isso interferiu nas relações entre os familiares. A.P disse que seu irmão sempre foi um rapaz tranquilo e que nunca teve maiores problemas em sua vida nem em sua escola. Na visão dela, os *bullies* aproveitaram esse padrão de comportamento dele para começar a



atacá-lo das piores maneiras possíveis. A vítima, depois de algum tempo, quando as ofensas se intensificaram, contou para os familiares, de maneira que os pais do menino ofendido foram à escola. Em um primeiro momento, a instituição disse que iria tentar resolver o problema; no entanto, nada foi efetivamente combatido. Meses depois, A.P. disse que os pais deles foram chamados para ir à escola, pois seu irmão tinha agredido o *bullie*, deixando os pais surpresos, já que o seu comportamento sempre havia sido o de um menino exemplar. Chegando à diretoria, o filho alegou que há muito tempo vinha sendo alvo daquelas ofensas; que a escola sabia disso, afinal, elas eram feitas na frente do professor, e que os pais também sabiam e que já tinham ido lá; no entanto, nem o professor nem a escola fizeram nada para impedir ou combater a situação. Segundo A.P., a escola, em um segundo momento — quando da agressão da vítima para com o *bullie* —, alegava que, se era algo complexo de se resolver dentro da escola, fora dela seria ainda pior (nas redes sociais), e que não poderia ser responsabilizada pelas supostas brincadeiras das crianças.

Após tudo isso, a vítima e também os familiares quiseram que ela saísse da escola, depois de todos os traumas pelos quais passou. Segundo o relato de A.P., a escola não deu o devido apoio à vítima quando ela mais precisou de atenção; apesar das inúmeras idas dos pais à instituição, ela nem convocou o *bullie* para tentar conciliar a situação. Na concepção de A.P., deveria ter havido uma conciliação entre a escola, pais da vítima, pais do agressor, vítima e agressor; e seu irmão já não se sentia bem naquele ambiente.

Quando perguntado a A.P. se ela se sentiu afetada por essas ofensas contra seu irmão, peremptoria-

mente disse que todos ao redor foram afetados na família da vítima e que, em sua visão, o *bullying* e suas ramificações não ficam apenas restritos ao agressor/*bullie* e à vítima, pelo contrário, vai muito mais além, é algo que reflete em toda a sociedade.

Um fato que A.P. percebeu foi que a escola quis se livrar logo dessa situação para que nada fosse publicado na imprensa, já que era uma escola renomada. Ao invés de conversar com o *bullie* e tentar fazer as pazes com a vítima através da utilização de psicólogos e debates sobre o tema na escola, com os pais alunos e professores, a instituição de ensino procurou um caminho mais rápido, mas que não acabou com a raiz do problema: a transferência da vítima para outra escola. Na visão de A.P., em último caso, o mais certo seria a transferência do *bullie*/agressor, e não da vítima, de forma que ela considerou seu irmão “duplamente vitimado”, pois o *bullie* continuou no mesmo ambiente; para ela, se tratava de uma espécie de manutenção do *status quo*.

4. MEDIDAS JURÍDICAS E SOCIAIS PARA EVITAR OU DIMINUIR O CYBERBULLY ENTRE AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Medidas jurídicas e sociais são imprescindíveis para a derrocada desse mal, pois, segundo a Declaração de Kandersteg Anti-Vitimização Entre Crianças e Jovens¹⁰, quase 200 milhões de crianças e jovens

10 *Declaração de Kandersteg Anti-Vitimização Entre Crianças e Jovens*. 2007. Os participantes da Conferência *Joint Efforts Against Victimization*, reunidos em Kandersteg, de 8 a 10 de junho de 2007, reiteraram o compromisso e determinação a longo prazo no fortalecimento de relações saudáveis e na prevenção dos maus tratos e da vitimização inter pares em crianças e jovens.



no mundo todo estão sujeitos ao *bullying*, apesar de ser um direito humano básico o de que as crianças e jovens se sintam respeitados e seguros. É de responsabilidade moral dos adultos (responsabilidade de todos em decorrência da nova Lei 13.185/15) garantir que estes direitos sejam respeitados, e que o desenvolvimento saudável e a cidadania sejam incentivados através de conhecimento de estratégias para lidar com este problema de forma eficaz que se expressa através de várias formas, principalmente com recurso às novas tecnologias (*cyberbullying*), e variam com a idade, o sexo e a cultura.

Diante desse gritante número de aproximadamente 200 milhões de crianças e jovens sujeitos ao *bullying*, a Lei 13.185/15 institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática em todo o território nacional e se predispõe a mudar esse paradigma, tendo como objetivos a prevenção e o combate à prática do *bullying* em toda a sociedade; a assistência em todos os sentidos para as vítimas e *bullies* e evitamento, tanto quanto possível, da punição dos agressores, privilegiando mecanismos e instrumentos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e a mudança de comportamento hostil. Destarte, o aparato dessa nova Lei é trazer o diálogo e o combate por toda a sociedade contra algo extremamente sério.

Rodolfo Pamplona Filho¹¹ pergunta qual é a razão de ter uma Lei como essa, qual é o sentido. O sentido não é outro senão o de que quase todo mundo conhece Peter Parker, mas quase ninguém conhece

11 Rodolfo Pamplona Filho, no *VIII Encontro Nacional de Direito Civil e Processual Civil*, em 13 de maio de 2016, debateu sobre a Lei anti-*bullying* (lei 13.185/15).



Flash Thompson, que é o agressor/*bullie* de Peter Parker. A sociedade ainda é doente por precisar de uma lei como essa para que dite as diretrizes de uma sociedade *antibullying*, tendo essa lei servido de marco inaugural de um novo modo de ver a intimidação sistemática. Apesar de não trazer expressamente uma punição contra os que cometem atos ilícitos (caráter essencialmente pedagógico), serve como diretriz a ser seguida, pois pretende pacificar algo que há muito tempo incomoda a sociedade.

Essa lei sem dúvida propiciará um ambiente escolar mais harmônico e participativo, no qual todos irão debater questões referentes a esse mal entre os jovens. Agora as instituições não podem mais se omitir, como muitas vezes antes faziam. É um dever que todos erradiquem o *bullying* e, caso isso não seja respeitado, muito provavelmente incorrerá em responsabilidade civil nos casos mais graves

Com a nova Lei em vigor, espera-se que as crianças sejam finalmente protegidas em todos os âmbitos de sua personalidade: honra, imagem, moral e patrimonial, como bem institui há muito a CF/88 no seu **artigo 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”



Assim como também há muito institui o artigo quinto do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

Dessa forma, essa nova Lei veio, de uma vez por todas, cancelar o que o ECA e a CF/88 já nos avisam, e tentar abrir os olhos de toda uma doente sociedade que precisa compreender que os mais de 200 milhões de crianças e jovens que sofrem de *bullying* precisam ser tutelados o mais rápido possível. O que falta é uma mudança de mentalidade e, com essa nova lei, um grande caminho já é andado rumo à mudança. O artigo sexto da aludida Lei, por exemplo, mostra isso: antes não se pensava que seriam produzidos relatórios bimestrais das ocorrências do *bullying* nos estados e municípios, hoje é um dever que os supracitados entes da Federação elaborem, a cada dois meses, relatórios que servirão de base para as respectivas ações no combate a intimidação sistemática.

Outra medida jurídica/social (corolário da Lei 13.185/15) que também se mostra importante, em virtude de a sociedade estar muito aquém do necessário para erradicar o *bullying*, é que, de acordo com o artigo quinto: “é dever do estabelecimento de ensino, dos clubes e das agremiações recreativas assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática”. E, de acordo com seu artigo sexto, “serão produzidos e publicados relatórios bimestrais das ocorrências de intimidação sistemática nos estados e municípios para planejamento das ações.”

Destarte, caso não haja efetividade nesse dever por parte principalmente das instituições de ensino, o local onde mais acontecem os casos de *bullying*, impõe-se que efetivamente haja responsabilidade nos casos de omissão da escola. Não cabe mais a alegação de que o a intimidação sistemática, seja física ou virtual, é algo de difícil enfrentamento e que, portanto, exclui a responsabilidade da instituição de ensino. O grande doutrinador Rui Stoco¹² infere que, no caso de omissão da escola,

Não se pode descartar, *a priori*, a responsabilidade por omissão das instituições de ensino nas quais os alunos menores de idade são entregues à sua guarda e proteção, se a importunação ali tiver ocorrido e restar provado que, embora a direção da escola estivesse sabendo e alertada do problema, omitiu-se em tomar as providências necessárias.

Dessa forma, basta que haja a conduta do agressor frente à vítima, e que dessa conduta haja um vínculo que gere dano ao ofendido, para se caracterizar a responsabilidade objetiva da escola, caso a importunação ali tenha ocorrido e reste provada. Seria o caso, por exemplo, de um agressor menor de idade da mesma escola da vítima imprimir fotos vexatórias dela e espalhá-las por toda a escola ou mandar mensagens de texto constantemente para ela e a mesma venha a cometer suicídio, ao passo que não houve o efetivo trabalho feito na escola de conscientização (artigo 932, IV c/c artigo 933 do Código Civil).

12 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. rev., atual. e reform. com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 2289.



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *bullying* não pode mais ser considerado uma brincadeira de criança e tratado de modo pacífico pela sociedade. É um problema interdisciplinar que já passou da hora de ser combatido. Destarte, um tema tão complexo como esse tem que ser levado a sério e precisa estar na pauta das discussões na sociedade. Como uma das medidas jurídicas essenciais para tentar barrar esse mal que afeta nossas crianças e adolescentes, entrou em vigor em fevereiro de 2016, atendendo aos anseios biopsicossociais e expostos por estudiosos especialistas do tema, a Lei 13.185/15, que institui o programa de combate à intimidação sistemática, e que merece aplausos. Com ela, tem-se esperança de que deva mudar esse paradigma tão triste que orbita a esfera de nossa sociedade. Uma lei como essa tem de tudo para mudar uma sociedade que é doente, que acredita que o *bullying* é uma coisa trivial. Relatos do tipo “na minha época não tinha essas besteiras” ou “sofri muito *bullying* na infância, e nem por isso fiquei traumatizado” têm quer ser extintos do mapa e devem abrir caminho para o diálogo e cooperação entre todos os envolvidos.

Destarte, a sociedade tem que estar no palco, como atriz na ação de combate ao *bullying*, e não na plateia, assistindo anestesiada à desgraça de nossas crianças e adolescentes. Quem sabe assim, daqui a alguns anos, diminuirá e muito a ocorrência do *bullying* nas escolas, o local onde principalmente acontece, e que finalmente conheçamos quem de fato é Flash Thompson, e não apenas Peter Parker.

6. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Congresso. Senado. *Manifestações e protestos populares articulados pelas redes sociais, na internet, preocupam a segurança nacional*. Disponível em: <www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/defesa-nacional/razoes-para-a-implementacao-da-estrategia-nacional-de-defesa/manifestacoes-e-protestos-populares-articulados-pelas-redes-sociais-na-internet-preocupam-a-segurana-nacional.aspx>. Acesso em: 20 jul. 2016.
- Declaração de Kandersteg Anti-Vitimização entre Crianças e Jovens. Jun. 2007.
- FANTE, Cléo. *Fenômeno bullying: Como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz*. 2. ed. Campinas SP: Veros, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. Assédio moral no ambiente do trabalho. *Revista LTR*, São Paulo, v. 68, n. 08, p. 922-930, ago. 2004.
- Rodolfo Pamplona Filho. *VIII Encontro Nacional de Direito civil e Processual civil*. 13 maio 2016.
- SANTOMAURO, Beatriz. *Cyberbullying: a violência virtual*. Disponível em: <novaescola.org.br/formacao/cyberbullying-violencia-virtual-bullying-agressao-humilhacao-567858.shtml>. Acesso em: 8 maio 2016.
- SANTOS, Maria de Fátima Zanetti Barbosa e. Dano e assédio: moral e sexual. *Revista do Advogado*, ano XXVIII, n. 97, maio 2008, p. 149.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. rev., atual. e reform. com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.





Capítulo
XI

A natureza jurídica do escravo

Raine Costa Gomes

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.





A natureza jurídica do escravo

Resumo: O referido artigo tem o objetivo de informar a situação jurídica exercida pelos escravos em uma perspectiva anterior e posterior à aquisição da liberdade, durante o período escravocrata brasileiro, traçando um panorama para abordar sua natureza no âmbito Penal, Civil e Constitucional de acordo com legislação vigente da época, identificando as mudanças da tutela para os indivíduos escravizados em cada um desses campos do Direito, estabelecendo as consequências geradas a partir das divergências de tratamento para cada área, bem como propondo uma análise sobre personalidade jurídica, e, também, a correlação com política dos libertos. Por fim, deve-se avaliar a evolução fática e normativa que intensificaram o processo de conquista de garantias em momento histórico de exploração escrava.

Palavras-chave: Escravidão. Natureza jurídica. Direito Penal. Direito Civil. Direito Constitucional. Libertos.

Sumário: 1. Introdução — 2. Natureza jurídica — 3. Natureza jurídica penal do escravo: 3.1. Das penas aplicadas — 4. Natureza jurídica civil do escravo: 4.1. Personalidade jurídica — 5. Natureza jurídica constitucional do escravo: 5.1. Constituição de 1824: características e inovações; 5.2 Estatuto do liberto: aspectos eleitorais e políticos — 6. Conclusão — 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As sociedades da Antiguidade foram construídas e regidas à sombra dos pilares principiológicos da hierarquia e de uma ideologia de domínio, fruto das diversas guerras e do pensamento de comando do vencedor perante os vencidos, desta forma, firmou-se o instituto da escravidão.

Esta forma de organização social se caracterizou não tão somente como um fenômeno fático, mas que atingiu também status jurídico, abarcando as inúmeras áreas do Direito em relação ao tratamento dado às pessoas consideradas submissas, ora vista como coisa/objeto/propriedade, ora vista como sujeito, além dos deveres assumidos mediante seus senhores e algumas poucas garantias.

Com a ideia de domínio, diversas foram as pessoas arrancadas de suas terras e arrastadas de maneira desumana com designo de se tornar mão-de-obra daqueles que veemente acreditavam ter um direito em agregar a seu patrimônio um ser humano, separando famílias, tratando-lhes como animal e com intuito de obter de vantagem econômica, já que não havia remuneração pelo uso de seus serviços e o lucro ficaria para o seu detentor ou dono. Partindo dessa premissa é que se deve refletir sobre como o estudo criminal, constitucional e civil enxergavam esses sujeitos.

A escolha desse tema é fundamental para que se entenda a evolução do sistema jurídico, além de conhecimento histórico-cultural, abarcando uma perspectiva da real condição de ser escravo no país durante o período Imperial, além de contribuir com uma visão tão pouco abordada nos dias atuais e que



A NATUREZA JURÍDICA DO ESCRAVO

merece maior reconhecimento por ser marco evolutivo para o desenvolvimento do que se vive na comunidade moderna.

A finalidade deste trabalho científico é discutir as várias faces que o *servus* teria mediante o ordenamento jurídico durante o período de exploração escravocrata do Brasil, demonstrando qual posição jurídica estes indivíduos ocupavam e como a legislação, especialmente a Constituição de 1824, conseguia trabalhar com a problemática da escravidão.

Será traçado um paralelo abordando como os principais campos do direito enxergavam esses sujeitos dominados e como conseguiam fundamentar esse poder exacerbado que os proprietários de escravos possuíam.

Ainda será explorada a relação da personalidade jurídica dos libertos¹ e a importante criação da Lei do Ventre Livre para configuração deste instituto e, por fim, uma abordagem sobre os mesmos do ponto de vista político-eleitoral.

2. NATUREZA JURÍDICA

Muito embora se conheça o que seja a natureza jurídica, é necessário esclarecer que este instituto se conceitua como a essência ou localização que o conteúdo a ser estudado ocupa no mundo jurídico. Como narra André Emmanuel Batista Campello²:

- 1 Sujeito que foi escravo, entretanto lhe foi concedida à liberdade.
- 2 CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. *A Escravidão no Império do Brasil: perspectivas jurídicas*. Sinprofaz, Disponível em: <<http://www.sinprofaz.org.br/artigos/a-escravidao-no-imperio-do-brasil-perspectivas-juridicas/pagina-11>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

Pode-se afirmar, que falar da natureza jurídica de algo é inserir o objeto estudado dentro das categorias lógicas do direito vigente naquele contexto histórico, isto é, é afirmar que aquilo que está sendo estudado tem características que tornam possível, para fins de classificação, afirmar que ele se encontra dentro de um específico conjunto com propriedades similares.

Dentro do tema e perspectiva da escravidão, temos o *servus* situado em duas posições muito claras: a primeira delas é como sujeito e a segunda como objeto, ficando estabelecido que “o debate sobre a natureza jurídica do escravo versa necessariamente sobre a controvérsia se aquele ser humano, à luz do direito, deveria ser regido pelo regime jurídico das coisas ou das pessoas.”³

Desvendando o que foi apresentado, tem-se que “coisa” se equipara a propriedade, aquilo que pertence a alguém, sendo considerado, portanto, como elemento que faz parte da massa patrimonial e, assim sendo, está sob a esfera de domínio de seu dono.

Quanto à *personae*, esta não se equipara de fato a um cidadão que tem plenitude no gozo de direitos e deveres, mas como aquele que se situa na condição como ser humano, ajustando-se a acepção lata do termo⁴.

Com tudo o que foi exposto acima, será traçado de forma mais detalhada como ficou delimitado em alguns dos campos do direito o tratamento que os indivíduos escravizados teriam, já que para cada

3 *Idem. Ibidem.*

4 MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil, ensaio histórico-jurídico-social*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866, p. 28.



uma dessas áreas a ótica era diferenciada por força de suas especificações e organização.

3. NATUREZA JURÍDICA PENAL DO ESCRAVO

Na contextualização do Direito Penal há que se pensar em uma lógica de ocupação dos pólos jurídicos, de um lado aquele que comete o delito, do outro quem sofre uma perda ou lesão, bem como terceiros, que visam colaborar com a solução do problema e, por fim, o objeto que é a causa geradora do litígio.

Resgatando o cerne principal desse trabalho, não haveria de ser diferente o raciocínio, o escravo e o seu dono poderiam figurar em alguma das posições firmadas em uma relação jurídica, bastava que o ato fosse tipificado no Código Penal vigente ou legislação extravagante.

O atual Código penal veda a situação até mesmo da existência de um indivíduo que seja tratado como submisso, como relata o Artigo 149⁵:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena — reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

5 BRASIL. *Decreto-lei n° 2.848*. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

Visualizando o cenário histórico escravocrata, existem algumas situações em que o lugar ocupado pelo indivíduo escravizado oscilava de categoria, como já referido, caso ele fosse réu do crime não poderia ter título e tratamento de coisa, pois não há como esta praticar delito.

Se inserido no prisma de objeto do conflito (por exemplo, de um roubo) não será considerado como ser humano, porque a lesão sofrida pelo senhor de escravo foi em seu patrimônio, logo não se pode enxergá-lo na imagem de ser humano.

Na configuração de testemunha há certa peculiaridade, o próprio Código do Processo Criminal de Primeira Instância⁶ de 29 de Novembro de 1832 determinava que fosse tratado como informante:

Art. 89. Não podem ser testemunhas o ascendente, descendente, marido, ou mulher, parente até o segundo grão, o escravo, e o menor de quatorze annos; mas o Juiz poderá informar-se delles sobre o objecto da queixa, ou denuncia, e reduzir a termo a informação, que será assignada pelos informantes, a quem se não deferirá juramento.

Enquanto que a testemunha presta juramento para colaborar somente com fatos verdadeiros, os informantes são dispensáveis e não possuem um dever jurídico de dizer a verdade, pois dificilmente o farão

6 BRASIL. *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*. Rio de Janeiro, RJ, 29 nov. 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 29 dez. 2015.



A NATUREZA JURÍDICA DO ESCRAVO

com imparcialidade⁷. A afirmativa anterior demonstra que esse status de apenas colaborar com informações sugere parcialidade do servo por entender que este acabaria sendo condicionado a dizer o que seu dono lhe orientasse.

Ainda nessas circunstâncias, caso o escravo quisesse prestar queixa-crime contra alguém, não poderia fazer por si só, mas por intermédio de seu senhor, Promotor Público ou por um cidadão, caso seu proprietário não o fizesse⁸.

E, finalmente, o *servus* jamais poderia promover queixa contra seu senhor como no disposto nas linhas do artigo 75 da mesma legislação referida acima⁹: "Art. 75. Não serão admitidas denúncias:§ 2º Do escravo contra o senhor".

O que é revelado perante este dispositivo é mais uma forma de garantia do possuidor de escravo em não ser "traído" pela sua propriedade e menos um direito para o indivíduo submisso, evidência de um desequilíbrio explícito.

3.1. Das penas aplicadas

Aos senhores cabia apenas o uso de castigos como forma de punição, o seu dono não poderia matá-lo

7 MOREIRA, Rômulo de Andrade. A prova testemunhal. *Jurisite*. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/ Penal/doutpen73.html>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

8 MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil, ensaio histórico-jurídico-social*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866, p. 22.

9 BRASIL. *Código do Processo Criminal de Primeira Instancia*. Rio de Janeiro, RJ, 29 nov. 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 29 dez. 2015.

com dolo e sem justificativas, caso o fizesse seria tipificado como homicídio; vale ressaltar que o “corretivo” deveria ser moderado¹⁰.

Seguindo essa linha de pensamento, o Código Criminal do Império do Brasil¹¹ de 16 de Dezembro de 1830 tratava desse aspecto no capítulo de crimes justificáveis:

Art. 14. Será o crime justificável, e não terá lugar a punição dele:

6º Quando o mal consistir no castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discípulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle, não seja contraria as Leis em vigor.

O Direito não aparentava ser firme nesse sentido, ficando a mercê de uma discricionariedade que talvez não fosse adequada para tal situação. O questionamento que se faz aqui é de como comprovar que a penalidade era aceitável e, caso fosse considerada plausível, qual seria a quantidade suficiente para que o sujeito sofresse a punição e esta não fosse exagerada a ponto de ultrapassar os limites que a lei impunha, isto é, como determinar o *quantum* punitivo?

Segundo Clóvis Moura¹²:

10 MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil, ensaio histórico-jurídico-social*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866, p. 6-7.

11 BRASIL. *Código Criminal do Imperio do Brazil*. Rio de Janeiro, RJ, 16 dez. 1830. Disponível em: Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. 30 dez. 2015.

12 MOURA, Clóvis. *Dicionário da escravidão negra no Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2004, p. 94.



A NATUREZA JURÍDICA DO ESCRAVO

Essas diversas formas de castigos, que perduraram praticamente por todo o período da escravidão, chegavam muitas vezes a deformar os corpos dos escravos [...]. Muitos ficavam deformados para o resto da vida, outros temporariamente, impossibilitados de executar serviços mais pesados.

Fica subentendido que algumas dessas sanções realmente não respeitavam as fronteiras da repreensão e acabavam pulando para o grau de ofensa a integridade física, surgindo marcas que ficariam para o resto da vida, fruto desse tratamento bárbaro e impiedoso.

A punição mais abordada quanto ao período escravocrata definitivamente eram os açoites que podiam ser aplicados tanto por autoridades quanto pelos senhores, apesar de revogado posteriormente tal direito, nada impediu as sentenças exageradas e seu constante uso¹³.

As diversas formas de sanção pretendiam impor, acima de tudo, medo nos servos como expôs Glória Porto¹⁴: “Os violentos castigos corporais inibiam as manifestações de revolta e insurreição dos escravos”.

Claramente se constata violações a direitos fundamentais conquistados no mundo moderno, não cabendo o exercício deste tipo de função corretiva, haja visto ficar constatado a incoerência relativa ao que se busca viver atualmente, excluindo esse controle de uma pessoa sobre a outra tal como ocorria na escravidão.

13 MOURA, Clóvis. *Dicionário da escravidão negra no Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2004, p. 17.

14 KOK, Glória Porto. *A escravidão no Brasil Colonial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 26.

Com a Lei n^a 4 de 10 de Junho de 1835 veio a pena de morte¹⁵:

Art. 1^o Serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave ofensa physica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e ás suas mulheres, que com elles viverem.

Este dispositivo buscou criar proteção não só ao senhor e sua família, mas a todos os indivíduos aos quais competiam o gerenciamento da mão-de-obra escrava. Fica evidente a ideia de que o ser escravizado não venha a se rebelar contra seu dono¹⁶.

Por fim, há que se fala no crime de insurreição ao qual o cometimento de tal ilícito era exclusivo do *servus*, este repelia a tentativa de reunião de tais sujeitos para obtenção de liberdade, evidenciando o caráter limitador do Estado no que tange a emancipação humana de tal condição social degradante. Encontra-se tal disposição no Código Penal de 1830¹⁷:

Art. 113. Julgar-se-ha commettido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força. Penas — Aos cabeças

15 BRASIL. *Lei n^o 4*. Rio de Janeiro, RJ, 10 jun. 1835. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM4.htm>. Acesso em: 31 dez. 2015.

16 CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. A Escravidão no Império do Brasil: perspectivas jurídicas. *Sinprofaz*. Disponível em: <<http://www.sinprofaz.org.br/artigos/a-escravidao-no-imperio-do-brasil-perspectivas-juridicas/pagina-11>>. Acesso em: 31 dez. 2015

17 BRASIL. *Código Criminal do Império do Brazil*. Rio de Janeiro, RJ, 16 dez. 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.



A NATUREZA JURÍDICA DO ESCRAVO

— de morte no grão maximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; — aos mais — açoutes.

Art. 114. Se os cabeças da insurreição forem pessoas livres, incorrerão nas mesmas penas impostas, no artigo antecedente, aos cabeças, quando são escravos.

Art. 115. Ajudar, excitar, ou aconselhar escravos á insurgir-se, fornecendo-lhes armas, munições, ou outros meios para o mesmo fim. Penas — de prisão com trabalho por vinte annos no grão maximo; por doze no médio; e por oito no minimo.

4. NATUREZA JURÍDICA CIVIL DO ESCRAVO

Partindo para a lógica das relações privadas chega-se ao Direito Civil, ao qual se estuda, dentre muitos outros assuntos, a conexão do proprietário com seus bens e as normas que regem as relações entre os particulares.

Assim sendo, no período escravocrata brasileiro não era diferente, como já apontado, aqui o *servus* toma forma de coisa e o seu senhor tem total domínio sobre sua propriedade, mas o ser dominado poderia também assumir postura de pessoa e contrair obrigações em nome próprio.

Enquanto que no direito Romano o sujeito escravizado não poderia dispor sobre nenhum bem, tudo que tivesse era voltado para seu dono, no Direito Brasileiro não seguia esta regra¹⁸.

18 MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil, ensaio histórico-jurídico-social*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866, p. 51.

Aqui poderia até agregar para si um patrimônio, bastava ter permissão de seu possuidor, como exposto na Lei nº 2.040¹⁹:

Art. 4º É permittido ao escravo a formação de um pecúlio com o que lhe provier de doações, legados e heranças, e com o que, por consentimento do senhor, obtiver do seu trabalho e economias. O Governo providenciará nos regulamentos sobre a collocação e segurança do mesmo pecúlio.

Além de ter assegurada essa espécie de “poupança”, a lei ainda dizia ser transmissível ao cônjuge ou herdeiro no caso de morte²⁰, mais um aspecto positivo para a situação da época revelando um direito sucessório.

A possibilidade de adquirir algo, ainda que muito pouco, já poderia alimentar uma esperança da compra da alforria e se tornar então liberto, adquirindo novo status jurídico.

Tal legislação já era uma das diretrizes para a então abolição da escravatura, esta ficou mais conhecida como “Lei do Ventre Livre” buscava dar caráter de liberto aos filhos de escravos nascidos a partir daquela data, marco significativo para o Direito Civil que passaria a dar personalidade jurídica aqueles sujeitos, consagrando a figura dos ingênuos.

4.1. Personalidade jurídica

Conceituando a personalidade jurídica tem-se que: “trata-se do atributo reconhecido a uma pessoa

19 BRASIL. *Lei nº 2040*. Rio de Janeiro, RJ, 28 set. 1871. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM2040.htm>. Acesso em: 01 jan. 2016.

20 *Idem. Ibidem*.



A NATUREZA JURÍDICA DO ESCRAVO

para que possa atuar no plano jurídico (titularizando relações diversas) e reclamar a proteção jurídica dedicada pelos direitos da personalidade²¹".

Nos tempos atuais prevalece o nascimento como fonte para o surgimento da personalidade jurídica, resguardando para tanto os direitos do nascituro desde a sua concepção como ressalta o art. 2º do Código Civil de 2002²².

Não diferente era no período escravocrata, o filho nascido de escrava é escravo e para tanto não era considerado cidadão livre e nem provido destes direitos inerentes àqueles nascidos com sua liberdade.

Nesse caso, já foi apontado que o servo não perde sua natureza de ser humano, mas ao mesmo tempo não se pode confundir com o instituto narrado acima por não ter a aptidão para figurar como parte em toda e qualquer relação jurídica.

Nas palavras de André Emmanuel Batista Barreto Campello²³:

Conclui-se que, para a legislação brasileira, o escravo era um sujeito de direito cuja capacidade jurídica estava minorada, pois se inexistisse esta capacidade

21 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007. p. 96.

22 BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jan. 2016.

23 CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. A Escravidão no Império do Brasil: perspectivas jurídicas. *Sinprofaz*. Disponível em: <<http://www.sinprofaz.org.br/artigos/a-escravidao-no-imperio-do-brasil-perspectivas-juridicas/pagina-11>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

e o direito brasileiro adotasse plenamente a doutrina romanística, não poderia o escravo integrar validamente nenhuma relação processual.

Com o crescimento do abolicionismo, em especial a “Lei do Ventre Livre”, há dramática mudança, pois o filho da mulher escrava nasce livre e entende-se que tem reconhecido seu direito à personalidade jurídica.

Foi necessária a criação dessa legislação para reconhecer um direito inerente ao homem, afinal esses direitos personalíssimos não foram criação do Direito pela norma, mas um direito natural daquelas pessoas²⁴.

5. NATUREZA JURÍDICA CONSTITUCIONAL DO ESCRAVO

O constitucionalismo nasce para coibir os governantes dos excessos, necessário eram mecanismos jurídicos e políticos que o impedissem de frustrar garantias sociais, então foi criado mecanismo institucional que limitasse esse poder do governo por meio de leis²⁵.

A diretriz mais importante para o Direito moderno é, sem dúvida, a Constituição, esta é quem aponta qual caminho será seguido pelos outros campos jurídicos, não obstante é quem traz as garantias fundamentais a todo e qualquer cidadão; a esfera constitucional tende justamente a fazer valer essas proteções.

24 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade Civil por danos à personalidade*. Barueri: Manole, 2003. p. 3.

25 GIFFONI, Manoel. *O papel da Constituição no Estado de Direito*. Fichas Marra. Disponível em: <<https://fichasmarra.wordpress.com/2010/05/13/o-papel-da-constituicao-no-estado-de-direito/>>. Acesso em: 06 mar. 2016.



A NATUREZA JURÍDICA DO ESCRAVO

No cenário escravocrata, entretanto não havia essa tutela protecional ao indivíduo escravo, pois como já relatado anteriormente, não era considerado cidadão no gozo e plenitude de seus direitos, aplicando mais uma vez o status de coisa no em seu tratamento.

Perdigão Malheiros afirma que: “o nosso Pacto Fundamental, nem lei alguma contempla o escravo no numero dos cidadãos, ainda quando nascido no Imperio, para qualquer efeito em relação á vida social, política ou publica²⁶”.

5.1. Constituição de 1824: características e inovações

A Carta Constitucional do Império surge após a Independência do Brasil com características liberais e inspiração na Declaração de Direitos do Homem e Cidadão, inserindo essa nova política, porém divergiam da ideia de escravidão em vigor²⁷.

Conforme o texto da lei maior, nem toda pessoa era dita como cidadã, apenas os ingênuos²⁸ e os libertos poderiam ter, e em pequena parcela, uma tutela jurídica; fica evidente que o lema de “Liberdade, igualdade e fraternidade”, pilar das Revoluções Francesa

26 MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil, ensaio histórico-jurídico-social*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866, p. 2.

27 LINO, Alexandre; TORRES, Elivan Caetano; ALENCAR, Flávio José Rocha; EMANOEL, Fabrício; FRANÇA, Geraldo; PAES, Janiere Portela Leite. *A Carta Constitucional de 1824. Jurisway*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6522>. Acesso em: 04 jan. 2016.

28 Aquele que já nasce livre, independente de sua mãe ser escrava.

e Americana, que ainda não tinham sido abraçadas pelo ordenamento brasileiro.

O próprio art. 6º da **Constituição Política do Império do Brasil**²⁹ de 25 de março de 1824 aponta para a exclusão do escravo nesse rol de cidadania:

Art. 6. São Cidadãos Brasileiros:

I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.

Isso demonstra que aquelas garantias e direitos fundamentais, tão almejadas por conta das revoluções burguesas do século XIX, com intento de integrar todas as pessoas no patamar de igualdade, ruíam com essa sistematização da norma que claramente excluía o *servus* e invertia o propósito de isonomia.

Com relação as suas inovações, a Constituição de 1824 traz o Poder Moderador, dando controle ao imperador de atuar em diversos setores da sociedade, traço típico do absolutismo que conflitava com a tentativa de inserção do liberalismo³⁰.

Ainda que a Charta Magna tenha trazido novidades, a intenção de aproximar o Direito brasileiro em

29 BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*. Rio de Janeiro, RJ, 25 mar. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 04 jan. 2016.

30 COELHO, Marcus Filipe Freitas. *A carta constitucional de 1824: por que se pode armar que esta constituição tinha os olhos voltados tanto para o passado quanto para o futuro?*. 2013. Artigo Científico. (Curso de Graduação em Direito) — Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo.



um cenário mais democrático acabou encontrando barreiras que naquele momento histórico ainda não conseguiam ser derrubadas por força do domínio econômico da mão-de-obra escrava que colocava o lucro acima desse novo regime liberal.

A ideologia da abolição do trabalho escravo, ainda que embasada em revoltas e rebeliões, não foi forte o suficiente para quebrar os padrões e avançar para uma nova sociedade, preservando como cidadãos apenas aqueles que obtiveram conquistas em nascer livres em decorrência da lei ou adquirem sua manumissão³¹.

5.2. Estatuto do liberto: aspectos eleitorais e políticos

Em função da categoria de sujeito detentor de direitos dado pela Constituição Imperial de 1824, verifica-se um patamar superior do liberto em relação ao do escravo e que por isso possuía regimento próprio.

Com a alforria, o servo voltava ao estado natural, retornando à condição de homem perante a legislação e podendo exercer livremente seus direitos e deveres, ou seja, se tornar emancipado na ótica do Direito³².

Todavia, há de se considerar que a sociedade ainda não estava preparada para equiparar esses sujeitos aos senhores brancos que nunca foram privados de sua liberdade.

31 Alforria.

32 MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil, ensaio histórico-jurídico-social*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866, p. 156.

O ordenamento jurídico tratava o liberto com certa instabilidade, pois a qualquer momento o atual ser livre poderia voltar a qualidade de dominado caso cometesse ingratidão com seu ex-proprietário, revelando que o vínculo não se dissolvia por completo, coexistindo obrigações posteriores a ruptura da relação escrava³³.

Prova dessa insegurança e diferença de escalão é que aos libertos era vetado o voto, o ato de maior cidadania foi retirado de seu poderio como previsto na Constituição de 1824³⁴, esta ainda trazia o critério censitário para votação:

Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléia Parochial. Exceptuam-se:

I. Os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego.

II. Os Libertos.

Isso prova que a realidade fática e a realidade jurídica diferem em alguns momentos, o fato de a legislação dizer que tal indivíduo é cidadão não corres-

33 CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. A Escravidão no Império do Brasil: perspectivas jurídicas. *Sinprofaz*. Disponível em: <<http://www.sinprofaz.org.br/artigos/a-escravidao-no-imperio-do-brasil-perspectivas-juridicas/pagina-11>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

34 BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil*. Rio de Janeiro, RJ, 25 mar. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 04 jan. 2016.



A NATUREZA JURÍDICA DO ESCRAVO

pondia com o que na prática ocorria, até por que a própria lei mostrava contradições, como a evidente exclusão ao voto.

O preconceito ideológico da época não permitia que maiores fossem as conquistas, pois aos olhos da sociedade e aos olhos do direito o escravo não tinha amparo Estatal tão forte como os outros sujeitos.

6. CONCLUSÃO

Refletindo acerca de todo o conteúdo apresentado ao longo do trabalho, bem como análise da então realidade fática, fica subentendido que o escravo mudava sua natureza jurídica para se ajustar ao que fosse mais conveniente para o seu senhor e para o Direito vigente no período escravocrata.

Atenta-se também para como lhe faltava uma proteção na realidade do dia-a-dia, a preocupação com essas pessoas era simplesmente formal, além de vergonhosas contrariedades no próprio sistema jurídico, que em sua Constituição Imperial baseava-se no princípio da igualdade e, ao mesmo tempo, descartava ao não considerar o indivíduo escravizado como cidadão.

Pensando assim, é revelada a ideia de que a legislação mascarava o servo para que este viesse a pensar ter garantias, entretanto os donos de escravos não seguiam a normatização e aplicavam punições de acordo com seu entendimento.

A afirmativa acima demonstra falta de imposição do ordenamento por duas razões, não ter aplicação no mundo fático e, em consonância com esta situ-



ação, não punir aqueles que exorbitavam os limites instituídos.

Conforme a sociedade evoluía para um cenário abolicionista foram apresentadas maiores tutelas protetivas, estas foram de extrema importância, até por que quando se estabelece que nenhuma criança que nascesse a partir de 28 de Setembro de 1871 (data da criação da "Lei do Ventre Livre") estará na condição de pessoa escrava, mas com caráter de liberta, já se anuncia um marco social significativo àquela comunidade tão desprezada.

A permissão de obter o pecúlio também agregou um sentimento de alcançar uma possível liberdade, ainda sobre este ficou consentida a transmissão para sua família que aumentava ainda mais o caráter de assegurar, ainda que pouco, um patrimônio para sua linhagem.

Contudo, havia falhas no sistema jurídico, especialmente ao tratar uma pessoa considerada cidadã, em um país que almejava ser mais democrático, não pudesse votar, além disso, a Constituição de 1824 trazia o sufrágio censitário e um quarto poder que era controlava o Executivo, Judiciário e o Legislativo, provando que apesar de tentar ser mais liberal o país estava com ideologia absolutista.

Há de se considerar que toda a trajetória do período escravocrata foi fruto de uma política econômica de exploração e que, portanto, o Direito Penal, Civil e Constitucional apenas seguiram o fluxo natural de sistematização indo em direção à segregação social e deixando de lado as garantias fundamentais tão valorizadas na atualidade.

Por fim, o que se entende é que as permissões jurídicas permitiram que toda a barbárie fosse justificada simplesmente por considerar aqueles indivíduos como seres humanos em sentido amplo, como um esqueleto igual em todas as pessoas, mas desvinculando-os do sentido maior, o de cidadão, fazendo com que estes fossem invisíveis aos olhos da lei e tornando-os desmerecedores da tão importante proteção jurídica.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 dez. de 2015.

_____. *Código Criminal do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 16 dez. 1830. Disponível em: Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*. Rio de Janeiro, RJ, 29 nov. 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 29 dez. 2015.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 25 mar. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 04 jan. 2016.

_____. *Decreto-lei nº 2.848*. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. *Lei nº 2040*. Rio de Janeiro, RJ, 28 set. 1871. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM2040.htm>. Acesso em: 01 jan. 2016.

_____. *Lei n° 4*. Rio de Janeiro, RJ, 10 jun. 1835. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM4.htm>. Acesso em: 31 dez. 2015.

CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. *A Escravidão no Império do Brasil: perspectivas jurídicas. Sinprofaz*. Disponível em: <<http://www.sinprofaz.org.br/artigos/a-escravidao-no-imperio-do-brasil-perspectivas-juridicas/pagina-11>>. Acesso em: 31 dez. 2015

COELHO, Marcus Filipe Freitas. *A carta constitucional de 1824: por que se pode armar que esta constituição tinha os olhos voltados tanto para o passado quanto para o futuro?*. 2013. Artigo Científico. (Curso de Graduação em Direito) — Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

GIFFONI, Manoel. *O papel da Constituição no Estado de Direito*. Fichas Marra. Disponível em: <<https://fichasmarra.wordpress.com/2010/05/13/o-papel-da-constituicao-no-estado-de-direito/>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

KOK, Glória Porto. *A escravidão no Brasil Colonial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

LINO, Alexandre; TORRES, Elivan Caetano; ALENCAR, Flávio José Rocha; EMANOEL, Fabrício; FRANÇA, Geraldo; PAES, Janiere Portela Leite. *A Carta Constitucional de 1824. Jurisway*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6522>. Acesso em: 04 jan. 2016.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil, ensaio histórico-jurídico-social*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866.



A NATUREZA JURÍDICA DO ESCRAVO

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A prova testemunhal*. Jurisite. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Penal/douttpen73.html>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

MOURA, Clóvis. *Dicionário da escravidão negra no Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2004.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade Civil por danos à personalidade*. Barueri: Manole, 2003.



