

Fernanda Miler Lima Pinto  
(Organizadora)

REFLEXÕES SOBRE  
**DIREITO E**  
**SOCIEDADE:**  
fundamentos e práticas

6

**Reflexões sobre Direito e  
Sociedade: fundamentos e  
práticas**

**Vol. VI**

Prof.<sup>a</sup> Ma. Fernanda Miler Lima Pinto  
(Organizadora)

## **Direção Editorial**

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

## **Organizadora**

Prof.ª Ma. Fernanda Miler Lima Pinto

## **Capa**

AYA Editora

## **Revisão**

Os Autores

## **Executiva de Negócios**

Ana Lucia Ribeiro Soares

## **Produção Editorial**

AYA Editora

## **Imagens de Capa**

br.freepik.com

## **Área do Conhecimento**

Ciências Sociais Aplicadas

# **Conselho Editorial**

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

*Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí*

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

*Centro Universitário Santa Amélia*

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

*Instituto Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

*Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP*

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

*Centro Universitário FACEX*

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

*Universidade do Estado de Minas Gerais*

Prof.ª Ma. Denise Pereira

*Faculdade Sudoeste – FASU*

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

*Universidade Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

*Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença*

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

*Universidade de Santa Cruz do Sul*

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

*Faculdade Santa Helena*

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

*Universidade Federal de Roraima*

Prof.º Me. Jorge Soistak

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

*Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara*

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

*Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

*Faculdade Santana*

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

*Universidade Federal Rural de Pernambuco*

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues  
*Universidade Norte do Paraná*

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa  
*Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP*

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes  
*Universidade Estadual do Centro-Oeste*

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda  
*Universidade Estadual de Ponta Grossa*

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes  
*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus  
Pauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira  
*Instituto Federal do Acre*

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail  
*Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares  
*Universidade Federal do Piauí*

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros  
Rodrigues  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda  
Santos  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues  
*Instituto Federal de Santa Catarina*

© 2023 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas nos capítulos deste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a opinião desta editora.

---

R3326 Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas [recurso eletrônico]. / Fernanda Miler Lima Pinto (organizadora). -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 219 p.

v.6

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-163-3

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146

1. Direito. 2. Danos morais - Brasil. 3. Gravidez – Complicações. 4. Direito - Aspectos psicológicos. 5. Direito à saúde. 6. Aeronáutica comercial – Brasil. 7 Responsabilidade (Direito) - Brasil. 8. Planejamento urbano. 9. Tráfico de drogas - Manaus (AM). 10. Aeroportos - Manaus (AM). 11. Tráfico humano. 12. Notícias falsas. 13. Direitos autorais - Brasil. I. Pinto, Fernanda Miler Lima. II. Título

CDD: 340.07

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora EIRELI**

**AYA Editora©**

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557

Ponta Grossa - Paraná - Brasil

84.071-150

# SUMÁRIO

**Apresentação.....10**

**01**

**Os casos de danos reflexos referentes ao rompimento da barragem da Mina Córrego do Feijão: uma análise quanto aos limites dos legitimados a pleitear o dano moral ..... 11**

Marielly Regina Ferreira Leão  
Piercarlo Michael Fernandes Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.1

**02**

**A responsabilidade estatal em face do dano psicológico oriundo da violência obstétrica contra a mulher .....26**

Amanda Lacerda Pinheiro  
Amanda Layara Teles da Silva  
André Luiz de Oliveira Brum

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.2

**03**

**Judicialização do direito a saúde e a reserva do possível .....42**

Carlos Roberto Jose Filho  
Laís Caroliny Campos Pereira  
Delner do Carmo Azevedo

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.3

**04**

**O princípio da insignificância nos crimes ambientais.....55**

Lucas da Costa Oliveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.4

# 05

## **Banalidade do mal: reflexões sobre obediência e responsabilidade em Hannah Arendt .....65**

Brenda Franciele Corrêa da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.5

# 06

## **A concretização dos direitos dos passageiros do transporte aéreo.....82**

Ricardo Raposo Xavier Leite

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.6

# 07

## **A arquitetura das praças e de prédios públicos como instrumento de valorização cultural no planejamento urbano .....96**

Allan Thiago Barbosa Arakaki

Elvis Muniz Ferreira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.7

# 08

## **O tráfico de drogas no aeroporto internacional de Manaus: análise das ocorrências no ano de 2021 .....109**

Ricardo Raposo Xavier Leite

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.8

# 09

## **Inquérito policial e métodos de identificação humana: prevenção e repressão ao crime de tráfico de pessoas.....122**

Daially Hiller Guimarães

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.9

# 10

## **Ética e neutralidade da inteligência artificial no combate a desinformação e Fake News .....136**

Cícero Edson Machado

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.10

# 11

## **Cookies, rastreamento de comportamento na internet e direitos da personalidade.....145**

Cícero Edson Machado

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.11

# 12

## **Direito autoral dos animais .....155**

Nivaldo Sebastião Vícola

Rogério Luis Serôdio

Cícero Edson Machado

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.12

# 13

## **Herança digital.....169**

Nivaldo Sebastião Vícola

Rogério Luis Serôdio

Cícero Edson Machado

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.13

# 14

## **A dimensão econômica do estado e a reforma do estado: a instrumentalidade do direito econômico e administrativo.....179**

Luiz Adriano Moretti dos Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.14

# 15

**O positivismo jurídico de Herbert L. A. Hart:  
da refutação do imperativismo de Austin ao  
sistema de regras primárias e secundárias...195**

Fernanda Miler Lima Pinto

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.15

# 16

**Semântica dos mundos possíveis de Kripke .....  
.....206**

Diego Marques da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.16

**Organizadora .....213**

**Índice Remissivo .....214**

# Apresentação

---

É com muita alegria e satisfação que apresento e organizo esse sexto volume da obra intitulada **“Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas”**, a convite da renomada AYA Editora. É notório ressaltar que, assim como nos volumes anteriores, esse livro conta com a participação de diversos pesquisadores que se debruçam sobre a causa do Direito e da sociedade moderna, trazendo trabalhos muito atuais e de extrema relevância. Pensar o Direito em um mundo tocado pelos avanços tecnológicos e pelas diversas mudanças sociais, ambientais e políticas contemporâneas é um desafio constante. Esperamos poder contribuir de algum modo para o debate acerca dessas causas por meio desse trabalho.

A presente obra conta com vários estudos que navegam por diferentes áreas do saber e refletem acerca de suas implicações no mundo. Passando desde a teoria à prática, esse livro tem análises que perpassam pelas ciências criminais até o vasto mundo do direito e processo civil; que se dedicam a estudar filosofia e teoria do Direito; que voltam suas atenções para a para o Direito Ambiental e a Ética ; que observam nosso direito constitucional e administrativo, com foco nos direitos e garantias fundamentais.

Assim, os 16 (dezesesseis) trabalhos que compõem esse volume se comprometem discutir a relação entre sociedade e o Direito, com os seguintes temas: Direito de indenização a atingidos por rompimento de barragens; Responsabilidade estatal e violência obstétrica; Judicialização do Direito à saúde e a reserva do possível; Princípio da insignificância nos crimes ambientais; Obediência e responsabilidade na obra de Hannah Arendt; Direito dos passageiros do transporte aéreo; Direito urbanístico e a valorização cultural; tráfico de drogas no aeroporto internacional de Manaus em 2021; Investigação criminal e o tráfico de pessoas; Ética, inteligência artificial e combate a desinformação e fake News; Rastreamento digital e direitos da personalidade; Direito dos animais; Herança digital; Instrumentalidade do Direito Econômico e Administrativo; Teoria do positivismo jurídico de Herbert Hart e por fim, a Teoria de Kripke.

Desse modo, por esta breve apresentação, já é possível perceber o quão diverso, profícuo e interessante são os artigos trazidos para este volume. Aproveito essa ocasião para parabenizar os autores, aos quais se dispuseram a compartilhar todo conhecimento científico produzido, e também para agradecer-los como cidadã por estarem ativamente refletindo sobre problemas e soluções em nossa tão complexa sociedade.

Espero que de uma maneira ou de outra os leitores que tiverem a possibilidade de ler este volume, tenham a mesma satisfação que tive ao organizar, acompanhar e ler o conjunto dessa obra.

Boa leitura e bons estudos!

**Prof.<sup>a</sup> Fernanda Miler Lima Pinto**



**Os casos de danos reflexos referentes ao rompimento da barragem da Mina Córrego do Feijão: uma análise quanto aos limites dos legitimados a pleitear o dano moral**

**Cases of reflective damage regarding the breach of the Córrego do Feijão Mine dam: an analysis as to the limits of the legitimate people to claims for moral damage**

---

Marielly Regina Ferreira Leão

*Acadêmica em direito pelo Centro Universitário Una.*

Piercarlo Michael Fernandes Silva

*Acadêmico em direito pelo Centro Universitário Una e dirigente sindical há 6 anos*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.146.1

## RESUMO

O presente trabalho acadêmico objetiva identificar e demonstrar os critérios objetivos para a caracterização do dano moral em ricochete nas ações de indenização movidas pela população em caráter de relação socioafetiva com o falecido devido ao acidente do trabalho ocorrido no desastre da Mina do Córrego do Feijão, na Vale em Brumadinho-MG. A falta de padronização das decisões em danos morais em ricochete se dá pelo fato do caráter subjetivo do dano, no qual ainda não há norma sobre o tema, e, dessa forma, deixa em abstrato o plano quanto aos legitimados à propositura de ações pleiteando indenizações por danos morais reflexos o que leva ao ajuizamento em massa e a desvalorização do instituto da responsabilidade civil.

**Palavras-chave:** Vale. Mina do Córrego do Feijão. dano moral. reflexo. Ricochete. Punitive Damages.

## ABSTRACT

The present academic work aims to identify and demonstrate the objective criteria for the characterization of moral damage in ricochet in indemnity actions brought by the population in character of socio-affective relationship with the deceased due to the work accident that occurred in the Córrego do Feijão Mine disaster, in Vale in Brumadinho-MG. The lack of standardization of decisions on moral damages in ricochet is due to the fact of the subjective nature of the damage, in which there is still no rule on the subject, and, thus, leaves in the abstract the plan as to those entitled to the filing of actions claiming damages. for moral damages, which leads to the mass lawsuit and the devaluation of the civil liability institute.

**Keywords:** Vale. Córrego do Feijão Mine. Moral damage. reflex. Ricochet. Punitive Damages.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa consiste em um estudo sobre o Instituto da Responsabilidade Civil, direcionado à indenização extrapatrimonial em ricochete. Utiliza, como parâmetro de análise, os casos do desastre da Mina do Córrego do Feijão, em Brumadinho-MG, pelo qual pondera quais os critérios objetivos das decisões do Tribunal Regional do Trabalho de Betim da 3ª Região na prolação da sentença. Com escopo, visa demonstrar qual a linha seguida no direito brasileiro quanto aos legitimados a indenização por dano moral reflexo (ou em ricochete).

O Código Civil, em seu artigo 948, I, II traz uma breve disposição do dever de indenizar patrimonialmente, os terceiros afins do de cujus, nos casos de homicídio, veja:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - Na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Apesar do código civil tenha expressado o dever de indenizar de forma patrimonial àqueles cuja vítima tenha deixado desamparada, surgem diversas confusões acerca da aplicação

do tema por falta de normatização da indenização por danos extrapatrimoniais no Código Civil. Portanto, não há uma caracterização de quais pessoas seriam passíveis de receber a indenização, bem como se há algum pressuposto objetivo de caracterização desse dano como o caráter financeiro, psicológico, ou a divisão familiar que a vítima de homicídio teria com o indenizado.

No âmbito jurídico científico, o tema a ser tratado possui relevância jurídica e social. A relevância jurídica consiste na importância do estudo da Responsabilidade Civil na aplicação de um caso que possui importância e interesse para a comunidade acadêmica. Os critérios objetivos para a caracterização do dano moral reflexo obtidos através dos julgados analisados, serão compilados e poderão servir de soluções para os problemas identificados, apresentando métodos doutrinários para a aplicação do instituto e da norma regulamentar, bem como, na colaboração com arcabouço científico para o desenvolvimento de produção científica.

No tocante a relevância social, é de notório conhecimento que o acontecimento do rompimento da Barragem da Mina do Córrego do Feijão trouxe diversos danos a todos os trabalhadores, bem como a terceiros do convívio daqueles empregados que tiveram a sua vida ceifada no fatídico dia, danos de diversas formas e proporções, diante disso, a resolução da problemática trará ao intérprete do direito o esclarecimento desses conflitos.

A pesquisa será dividida em três partes, com dois subtópicos. A primeira parte consistirá em uma breve síntese histórica do rompimento da Barragem Mina Córrego do Feijão. No segundo tópico será diferenciado a reparação por dano moral no Código Civil e no Direito do Trabalho. Este tópico contará com dois subtópicos, o primeiro com uma explicação sobre o dano moral reflexo, o segundo subtópicos com uma análise de direito comparado entre o Direito Brasileiro e o Direito em Portugal. Por fim, será feita uma análise das decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região pontuando os critérios objetivos para indenização.

## **O Rompimento da Barragem Mina Córrego do Feijão**

O rompimento da barragem I (B-1), aconteceu às 12h28min do dia 25 de janeiro de 2019, provocando, em sequência, o rompimento das barragens B-IV e B-IV-A da mina Córrego do Feijão, localizada no Complexo Paraopeba II, em Brumadinho/MG. (ARBEX, 2021, p.330)

A barragem que se rompeu tinha como finalidade a deposição de rejeitos, porém de acordo com a Vale, indústria de mineração que explorava a mina, tal barragem estava desativada, não havendo nenhuma atividade operacional em curso no momento do desastre.

O que levou ao rompimento da barragem ainda é desconhecido. A Vale informou que a barragem possuía segurança física e hidráulica, no entanto as polícias Federal e Civil de Minas Gerais investigam o caso para averiguar se havia alguma irregularidade na elaboração dos documentos técnicos. (ARBEX, 2021, p.330)

A tragédia causou a morte de 272 pessoas, destruindo diversas famílias, causando danos irreparáveis na população atingida e causando também diversos impactos e prejuízos ambientais e socioeconômicos.

Os rejeitos atingiram mais de 20 municípios, causando danos à fauna e flora, poluindo drasticamente diversos rios ao longo de centenas de quilômetros, sendo considerado um dos maiores desastres socioambientais da história do país. (ARBEX, 2021, p. 330)

Os impactos negativos na economia não se limitaram aos municípios da bacia do Rio Paraopeba, mas refletiram também em diversas cidades da região metropolitana de Belo Horizonte e em outras cidades do estado de Minas Gerais.

## **O Instituto da Responsabilidade Civil no Direito Trabalhista e Civil**

A Constituição da República Federativa do Brasil, não só trouxe normas quanto à saúde e segurança nos ambientes de trabalho, como também previu a possibilidade do pagamento de indenização quando o trabalhador tem prejuízos físicos ou morais em virtude da prestação do serviço ou então devido à acidente de trabalho, tendo direito a indenização proporcional ao dano sofrido. Esse direito é oriundo da responsabilidade civil do empregador.

Sobre o instituto da responsabilidade civil, ensina José dos Santos Carvalho Filho (2013):

Quando o Direito trata da responsabilidade, induz de imediato a circunstância de que alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica de algum fato precedente. Esses dois pontos - o fato e a sua imputabilidade a alguém - constituem pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade. De um lado, a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comissivo ou omissivo, por ser ele o verdadeiro ferrador dessa situação jurídica. Não pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsorador prévio. De outro, é necessário que o indivíduo a que se impute responsabilidade tenha aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência do fato. (CARVALHO, 2013, p.569)

A responsabilidade civil é dividida em duas: a responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade civil subjetiva.

A responsabilidade civil objetiva é oriunda do poder empregatício das empresas, mais precisamente do poder de direção. O art. 2º da CLT, dispõe acerca do poder de direção, sendo compreendido como o risco da atividade desempenhada assumida pelo empregador, ou seja, pelo fato da empresa desempenhar atividade lucrativa e colocar a integridade física dos trabalhadores em risco para alcançar lucros, deverá esta assumir todos os ônus dessa atividade. Inclui nessa responsabilidade a possibilidade de ocorrência de acidentes de trabalho, assédios morais ou sexuais e ofensas físicas, mesmo não havendo intenção direta do empregador em causar tais danos, independente de dolo ou culpa. (SILVA, 2016, on-line)

A responsabilidade civil subjetiva surge através da culpa do agente, devendo estar presentes um dos preceitos de negligência, imperícia ou imprudência, sendo necessário o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o resultado danoso.

Ambas as responsabilidades são tuteladas pelo Código Civil de 2002, em seus artigos 186 e 187, *in verbis*:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, Código Civil, on-line)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu no julgamento do RE nº 828040, cujo relator foi o Min Alexandre de Moraes, que o trabalhador que atua em atividade de risco tem direito à indenização em razão de danos decorrentes de acidente de trabalho, independentemente da comprovação de culpa ou dolo do empregador, conforme ementa, *in verbis*:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 932. EFETIVA PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO EMPREGADOR POR DANOS DECORRENTES DE ACIDENTES DE TRABALHO. COMPATIBILIDADE DO ART. 7, XXVIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COM O ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. A responsabilidade civil subjetiva é a regra no Direito brasileiro, exigindo-se a comprovação de dolo ou culpa. Possibilidade, entretanto, de previsões excepcionais de responsabilidade objetiva pelo legislador ordinário em face da necessidade de justiça plena de se indenizar as vítimas em situações perigosas e de risco como acidentes nucleares e desastres ambientais. 2. O legislador constituinte estabeleceu um mínimo protetivo ao trabalhador no art. 7º, XXVIII, do texto constitucional, que não impede sua ampliação razoável por meio de legislação ordinária. Rol exemplificativo de direitos sociais nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal. 3. Plena compatibilidade do art. 927, parágrafo único, do Código Civil com o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, ao permitir hipótese excepcional de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, outros riscos, extraordinários e especiais. Possibilidade de aplicação pela Justiça do Trabalho. 4. Recurso Extraordinário desprovido. TEMA 932. Tese de repercussão geral: “O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Nas relações de trabalho, os acidentes podem ensejar dois tipos de responsabilização. A responsabilização contratual e previdenciária, que ocorre quando há o afastamento do trabalhador devido ao acidente, suspendendo o contrato de trabalho e reconhecendo a estabilidade acidentária, com previsão no art. 118 da lei 8213/91, *in verbis*:

Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

A responsabilização civil de reparação de danos está prevista no art.7º, XXVIII da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Importante salientar que o benefício do auxílio acidentário não exclui a indenização para reparação de danos, como nos orienta Sebastião Geraldo de Oliveira:

O empregado acidentado recebe os benefícios da Previdência Social, cujo pagamento independe da caracterização de culpa, já que a cobertura securitária está fundamentada na teoria da responsabilidade objetiva. E pode receber também, as reparações decorrentes da responsabilidade civil, quando o empregado tiver dolo ou culpa de qualquer grau na ocorrência, com apoio na responsabilidade de natureza subjetiva. Como registra o texto da Constituição, a cobertura do seguro acidentário não exclui o cabimento da indenização. (OLIVEIRA, 2008, p.79)

Desse modo, conclui-se que, inobstante o trabalhador tenha sido beneficiário do auxílio-acidentário, este poderá pleitear a reparação de danos perante a justiça, pois esta reparação decorre da responsabilidade civil do empregador.

### III.1- O Conceito de Danos Morais Reflexos ou em Ricochete

A responsabilidade civil foi consagrada pela Constituição federal em seu art. 5º, incisos V e X, no qual preceitua a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando a indenização por danos materiais ou morais em caso de violação.

Há, portanto, o dever de indenizar da pessoa jurídica, por todos os danos contratuais e extracontratuais causados por terceiros, nesse sentido dispõe Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal:

Esclareça-se, demais de tudo isso, que a pessoa jurídica responde por danos contratuais e extracontratuais causados a terceiros. Extra contratualmente, inclusive, responde a pessoa jurídica por prejuízos ocasionados por conta de sua atividade empresarial e da confiança depositada por todos no perfeito funcionamento de suas atividades. É o princípio da boa-fé objetiva. (ROSENVALD, 2015, p. 382)

É notório que todo aquele que teve sofrido um dano urge o direito de ser indenizado, possuindo a legitimidade para tanto. Entretanto, esbarra-se em uma questão ainda não delimitada pela lei, jurisprudências ou doutrina que consiste em qual seria o limite para a reparação do dano moral. Partindo desse pressuposto, seria correto pontuar quais são os legitimados a pleitear os direitos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pelo familiar, amigo ou até mesmo o ex-cônjuge. Nesse sentido preceitua Sergio Cavalieri Filho, em sua obra intitulada Programa da Responsabilidade Civil:

Não se discute que tem legitimidade para a ação indenizatória toda e qualquer pessoa que alega ter sofrido um dano. A questão que se coloca, e para a qual ainda não há solução definitiva na lei, nem na doutrina e na jurisprudência, é quanto ao limite para a reparação do dano moral. Até que grau um parente pode pleitear indenização por esse dano em razão da morte de familiar? Irmãos, primos, tios? E o amigo íntimo, teria também legitimidade? Os fãs de um artista ou atleta famoso também teriam? Ainda que sejam milhões? Não há que se negar que todos sofrem intensamente com a perda de alguém querido, mas só por isso todos terão direito à indenização pelo dano moral? Um parente próximo pode sentir-se feliz pela morte da vítima, enquanto o amigo sofrerá intensamente. (CAVALIERI, 2012, p.98)

Nesse campo, há divergências entre os doutrinadores, no qual uns sustentam não haver limites quanto a legitimidade entre parentes ou concorrentes atingidos, devido não haver hierarquia do direito postulatório, criando preferência entre eles pois assim, o direito de uns afastaria os dos demais como é o caso da regra sucessória ou previdenciária.

Lado outro, estão aqueles que sustentam haver um limite para que não chegue a conclusões desarrazoadas, esse limite assenta-se na regra de razoabilidade.

O art. 948, do Código Civil traz um conceito a respeito do dano patrimonial reflexo ou em ricochete, *in verbs*:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - Na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

O Decreto Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, embora não especifique sobre a indenização por danos extrapatrimoniais à terceiros, determina, no art. 223-G, de forma específica o que deve ser considerado pelo julgador ao proferir uma na decisão por danos morais, conforme infere-se a seguir:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará;

I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, em sua obra *Manual de Direito Civil*, dispõe sobre o conceito de Dano Reflexo ou em Ricochete:

Conceitualmente, consiste no prejuízo que atinge reflexamente pessoa próxima, ligada à vítima direta da atuação ilícita. É o caso, por exemplo, do pai de família que vem a perecer por descuido de um segurança de banco inábil, em uma troca de tiros. Note-se que, a despeito de o dano haver sido sofrido diretamente pelo sujeito que pereceu, os seus filhos, alimentandos, sofreram os seus reflexos, por conta da ausência do sustento paterno. (STOLZE, 2020, p 1.388)

No entanto, a previsão do artigo 948, CC, expressa a indenização por danos reflexos patrimoniais, não possuindo nenhuma regra, no ordenamento jurídico vigente, consoante aos danos reflexos extrapatrimoniais.

Por sua vez, ordenamentos jurídicos de outros países já enfrentam o caso de indenização por dano moral reflexo, como é o caso do Código Civil de Portugal, que expressa a regra em seu Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966, no art. 496, 2:

2. Por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

Desta feita, entende-se que os legitimados para indenização por danos morais reflexos, aqueles definidos pelo direito sucessório, sendo primeiramente os descendentes, posteriormente, ascendentes e na falta destes os colaterais até o terceiro grau.

Embora ainda não haja no ordenamento jurídico vigente, nenhuma regra que disponha sobre os danos morais reflexos extrapatrimoniais, por analogia, os tribunais vêm aplicando a regra do art. 948, do Código Civil, bem como a regra sucessória, Veja: Acórdão 1336600, 00354692820168070018, de relatoria da Ministra Maria De Lourdes Abreu:

(...) No dano moral reflexo ou em ricochete, a despeito de a afronta a direito de a personalidade ter sido praticada contra determinada pessoa, por via indireta ou reflexa, tal conduta agride a esfera da personalidade de terceiro, o que também reclama a providência reparadora a título de danos morais indenizáveis na medida da ofensa aos direitos destes.  
3. Demonstrados o ato ilícito decorrente do atendimento defeituoso prestado por hospital público à neonatal, o dano correspondente à morte de filho recém-nascido e o nexo de causalidade entre ambos, deve ser o Estado ser condenado à prestar reparação por dano moral aos pais da vítima.

Em contrapartida, o RESP. 1,279.983/SP de Relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, dispõe serem legitimados para a propositura da indenização por danos morais em ricochete, um rol mais extensivo de vitimados, sendo esses os irmãos, avós, sogra, cunhados e tios do de *cujus*, *in verbs*:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS REFLEXOS. VERIFICAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALORES MANTIDOS. PENSÃO FIXADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM AO MENOR. JUROS DE MORA. TERMO A QUO. JUROS

CONTADOS A PARTIR DO VENCIMENTO MENSAL DE CADA PRESTAÇÃO. PARCELAS VINCENDAS. EXCLUÍDAS. 1. O princípio da integral reparação deve ser entendido como a exigência de conceder reparação plena àqueles legitimados a tanto pelo ordenamento jurídico. A norma prevista no art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002 consubstancia a baliza para um juízo de ponderação pautado na proporcionalidade e na equidade, quando houver evidente desproporção entre a culpa e o dano causado. 2. O Tribunal de origem fixou danos morais reflexos ao primeiro autor - menor impúbere, filho e irmão das vítimas -, à segunda autora - mãe, sogra e avó dos falecidos - e aos dois últimos autores - ambos irmãos, cunhados e tios dos de cujus -, entregando a cada um, respectivamente, o valor de R\$ 140.000,00, R\$ 70.000,00 e R\$ 47.000 para os dois últimos, devendo tais valores serem mantidos diante das particularidades de cada demandante."

Diante do exposto, o presente artigo não visa descaracterizar o dano moral em ricochete, entendendo ser capaz a sua indenização aos terceiros a fins da vítima que sofreram danos irreparáveis a sua esfera social, mas sim, questionar quais são os fundamentos para a caracterização do dano moral em ricochete, pois o ordenamento jurídico vigente é omissivo em relação ao instituto, ficando a critério do interprete fundamentar sua aplicação, gerando duas vertentes de posicionamentos como visto acima.

### III.2- Direito Comparado: Danos morais reflexos no Direito brasileiro e Português

Página 287

A *priori*, é necessário demonstrar como a Doutrina Brasileira, bem como as jurisprudências dos Tribunais Superiores tem enfrentado o tema. Devido à falta de codificação do instituto se faz necessário pontuar aqueles que tem a legitimidade a pleitear indenização. Nesse sentido, CAVALIERI (2011, p. 140) dispõe o seguinte:

Só em favor do cônjuge, companheira, filhos, pais e irmãos menores há uma presunção juris tantum de dano moral por lesões sofridas pela vítima ou em razão de sua morte. Além dessas pessoas, todas as outras, parentes ou não, terão que provar o dano moral sofrido em virtude de fatos ocorridos com terceiros. (CAVALIERI, 2011, p. 140)

Dessa forma, considerando as pessoas além dos legitimados por vocação hereditária, estes deverão comprovar o dano, sendo entendido o prejuízo de afeição subjetivo sofrido por aquele parente ou não em razão do dano psíquico. Nesse ponto, o direito brasileiro abre uma enorme brecha para qualquer pessoa, seja ela próxima ou não à vítima, receba indenização considerando o seu sofrimento psíquico. Há, portanto, uma possibilidade nesse ponto de a indenização ser destinada a um fã, que embora desconhecido por seu astro, tenha um sofrimento psíquico por sua morte. (CAVALIERI, 2011, p. 140)

Por conseguinte, também é possível que à vítima que deixe diversos parentes em linha de vocação hereditária recebam valores distintos, majorando de acordo ao grau de afinidade ou ao chamado prejuízo por afeição. Lado outro, o STJ tem firmado também o entendimento de que os pais pleiteiem indenização por danos morais em ricochete concorrentemente ao filho sobrevivente.

Superadas as questões pertinentes ao Direito Brasileiro, será analisado o instituto da Responsabilidade Civil extrapatrimonial no Direito Português (Portugal).

O Direito Português, consagra em seu Código Civil o dever de indenizar reflexamente, de acordo com o art. 996, ao cônjuge não separado judicialmente e aos seus filhos, caso inexista as opções anteriores, passa-se a indenização, os pais e ascendentes e na falta destes os filhos ou sobrinhos. Nota-se que no direito Português não há a cumulação de parentes como no Direito

Brasileiro, mas sim a indenização obedecendo a ordem de vocação hereditária.

Da mesma forma que no direito Brasileiro, o português também enfrentou divergências quanto ao dano pela morte, gerando duas vertentes, como preceitua BARBOSA (2018, p.286):

Duas são, portanto, tradicionalmente as posições jurisprudenciais sobre o tema: o dano da morte não tem autonomia, não se transmitindo aos herdeiros da vítima; o dano da morte é, em si mesmo, um dano indenizável, que se integra no patrimônio da vítima e se transmite sucessoriamente para os herdeiros. BARBOSA (2018, p.286)

Nesse sentido, o direito brasileiro tem como pilar um direito autônomo, mas diferentemente como o compreendido no Direito Português, no sentido de ser resguardado que todo aquele que têm o seu direito à personalidade violado, possa ser reparado, respeitando é claro a contraprova.

No entanto, conforme pode ser observado, a jurisprudência e doutrina no Direito Português, o dano da morte quando considerado na esfera do falecido, não pode ser transferido por herança, sendo então como um direito personalíssimo assim como o direito brasileiro. Lado outro está o entendimento que o direito indenizatório é transmitido como regra do direito sucessório.

Nesse entendimento, foi consagrado que a forma de indenização seja, patrimonial, extra-patrimonial ou reflexo, deve ser titulado ao cônjuge sobrevivente e aos parentes mais próximos da vítima, assim como delimitado no direito Brasileiro, veja:

no caso de a agressão ou lesão ser mortal, toda a indemnização correspondente aos danos morais (quer sofridos pela vítima, quer pelos familiares mais próximos) cabe, não aos herdeiros por via sucessória, mas aos familiares por direito próprio, nos termos e segundo a ordem do disposto no n.º 2 do artigo 496. (BARBOSA,2018, p.287, *apud* Antunes Varela, Das obrigações, p. 613)

Outros autores sustentam que o art. 996, do Código Civil Português expressa tão somente o dano sofrido aos terceiros reflexamente à vítima, não se referindo ao dano sofrido pelo próprio morto, mas sim por seus sucessores, *in verbs*:

Para Menezes Cordeiro, “a morte de uma pessoa é, para esta, um dano que pode dar lugar a imputação. O destino da indemnização é, depois, questão do direito das sucessões”<sup>50</sup>. Segundo o autor, não faz sentido existir um direito à vida e não o dotar da competente tutela aquiliana. (BARBOSA,2018, p.290, *apud*. Menezes Cordeiro Tratado ii/iii, p. 523)

Desta feita, o dano moral, nessa concepção se assemelha ao direito Brasileiro quando compreende a indenização como um direito autônomo do lesado, fundamentando aos titulares de direito mais próximos da vítima. No entanto, faz uma severa crítica a limitação dos legitimados a apenas aqueles contidos expressamente no art. 996, do CC Português, pois caso não houver os familiares especificados ali, a lesão à morte ficaria sem a compensação devida, mostrando que o agente causador do dano em nada pagará pelo ilícito. Nesse sentido, a sua concepção se assemelha ao entendimento do *punitive damages* do Direito Norte-Americano e da função punitiva do Direito Brasileiro. (BARBOSA,2018, p. 290)

Posto isso, O Código Civil Português, embora limite os legitimados para titulação do dano, ainda sofre divergências entre os doutrinadores, e assim como o direito Brasileiro, encontra grandes desafios, mas em vistas opostas, limitar ou não os legitimados.

## Análise das decisões para caracterização do dano moral reflexo no desastre da Vale

Segundo FARIAS (2017, p. 63 e 64.), são três as funções que norteiam o instituto da responsabilidade civil. A função reparatória constitui uma forma de restauração do equilíbrio socioeconômico que se deu em razão da lesão ao patrimônio jurídico tutelado, seja por prestação pecuniária ou pela restauração da situação antes existente.

A função punitiva ultrapassa a esfera individual e passa a atingir a coletividade, estando intimamente ligada a função social de desestímulo à prática de ilícitos e de comportamentos nocivos. Por fim, a função precaucional busca evitar problemas futuros através de efeitos visando garantir a segurança social, sendo necessário, para tanto, a aplicação dos princípios da prevenção e precaução. (FARIAS, 2017, p. 63 e 64.)

Nos casos do Desastre da Vale tem-se a responsabilidade civil objetiva do empregador devido ao acidente do trabalho, conforme decidido no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 828040, apreciando o tema 932 de Repercussão Geral, pelo Pleno do STF, que recepcionou o art. 927, § único do Código Civil com o art. 7º XXVIII, da CF/88, devido à atividade desenvolvida nos casos de mineração serem consideradas potencialmente lesivas, implicando um ônus maior do que a coletividade, pelo alto risco de rompimento de barragens e talurdes, conforme excepciona o item 22.26.2.1 da Norma Regulamentadora 22 do MTE. (TRT3,2022, on-line)

Nesse sentido, é imperioso ressaltar as decisões recentes dos julgados em 1ª e 2ª instância para a uniformização dos critérios objetivos de caracterização do dano moral que buscam atingir as funções da responsabilidade civil, demonstrando quais são os critérios utilizados para a configuração do dano moral reflexo.

Os tribunais têm enfrentado uma crescente dificuldade em se tratando do campo de indenização extrapatrimonial em guia reflexa, quanto aos titulares do direito, sendo imperioso limitar o campo de repercussão. Nesse ínterim, em análise do Acórdão de Relatoria do Ilustríssimo Desembargador Rodrigo Ribeiro Bueno, em sede de Recurso ordinário trabalhista no Processo 0010001-02.2021.5.03.0163, que julgou totalmente improcedentes os pedidos do reclamante contidos na inicial, fixando o entendimento da doutrina e jurisprudência no sentido de não se vislumbrar indenização por danos morais ao primo do vitimado em acidente do trabalho, conforme trecho extraído do acórdão, *in verbs*:

Assim, como regra - ficando expressamente ressalvadas eventuais particularidades de casos concretos -, a indenização por dano moral em razão de morte deve observar a ordem de vocação hereditária, com as devidas adaptações, sem exclusão.

No caso sob análise, é incontroverso que a reclamante não se inclui na ordem de vocação hereditária do falecido primo. (TRT3,2022, on-line)

Nesse contexto é possível identificar que o primeiro critério utilizado pelos tribunais superiores têm sido a regra de vocação hereditária, contemplada no art. 1.829 de Código Civil. De acordo com CAVALIERI (2011, p. 139), o dever de indenizar limita-se ao cônjuge/companheira, filhos, pais e irmãos menores, havendo nesses casos uma presunção *juris tantum* de dano moral. A simples demonstração de convívio socioafetivo, não demonstra a caracterização de um núcleo familiar devendo haver a comprovação dos critérios que configuram consanguinidade da relação familiar e a proximidade da linha reta da vocação hereditária.

Assim, a linha indenizatória segue a preceituação do conceito de Direito Familiar da família nuclear e incluindo o parente colateral (irmão menor), conforme demonstrado por Paulo Nader, em seu Curso de Direito Civil:

O Código Civil de 2002 não confere à família um conceito unitário. Os arts. 1.829 e 1.839, por exemplo, que dispõem sobre a linha sucessória, atribuem à família um sentido amplo, que abrange os parentes em linha reta (pais, filhos, netos) e os em linha colateral até o quarto grau (irmãos, tios e sobrinhos, primos). Em sentido estrito, tem-se a chamada família nuclear, constituída por pais e filhos, considerada na disposição do art. 1.568. (NADER, 2016, p. 3)

O segundo critério objetivo apontado na decisão em comento é o dano à integridade psíquica, que deve ser demonstrado através de um conjunto probatório, conforme julgado:

Ademais, não há prova documental de que a reclamante faz uso de medicação controlada, tampouco que se submete a qualquer tipo de acompanhamento psicológico em virtude do fato ocorrido. (TRT3, 2022, on-line)

Os direitos psíquicos da personalidade estão diretamente ligados a integridade humana, ou a incolumidade da mente e o psiquismo, sendo tutelados pelo direito através da indenização por danos morais, conforme doutrina:

Manifesta-se pelo respeito, a todos impostos, de não afetar a estrutura psíquica de outrem, seja por ações diretas, seja indiretas, seja no ritmo comum da vida, seja em tratamentos naturais, ou experimentais, ou, ainda, repressivos (os últimos, aliás sujeitos a sancionamentos penais). (BITTAR, 2015 p. 182.)

Em contrapartida, a decisão proferida no Recurso ordinário nº 0010206-02.2019.5.03.0163, pela Juíza Sandra Maria Generoso Thomaz Leidecker, da 6ª Vara do Trabalho de Betim, julgou procedente o pedido de indenização por danos morais em ricochete às enteadas da vítima do Desastre da Vale em Brumadinho, fixando o importe de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) para cada autora. (TRT3, 2019, on-line)

Destarte, vislumbra-se o terceiro critério para a indenização por danos morais em ricochete, advindo do Direito da Família, a afetividade. Esta é demonstrada através da dependência financeira, a guarda, o dever educacional, ou a conceituação de entidade familiar contida no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, “a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família.”.

Consoante, NADER (2016, p.5) explica que o atual conceito de entidade familiar sofreu alterações sociais, não assentando-se tão somente na regra dos laços de parentescos. Desta maneira, deve ser considerado o parentesco civil da adoção, em grau de similaridade com o consanguíneo, em razão da atual mecânica moderna em instituir o vínculo por afetividade entre pais e filhos por criação.

Por fim, o último aspecto observado nas decisões dos tribunais, que nesse ponto, sai da figura do polo ativo e passa-se ao polo passivo, é o grau de punibilidade a conduta lesiva do causador do dano. Nesse sentido, nas demandas, é enfatizada a função punitiva do dano moral, no qual busca atribuir um valor mais expressivo à indenização por danos morais reflexos, a fim de evitar uma reincidência da conduta lesiva, conforme é demonstrado no Julgado abaixo:

Dessa forma, visando a coibir a reiteração do ilícito e atenuar o sofrimento das vítimas, sem, contudo, proporcionar-lhes enriquecimento sem causa, condeno a ré ao pagamento de indenização por dano moral no montante de R\$400.000,00 (quatrocentos mil reais), em favor de cada uma das autoras, levando-se em conta a intensidade da ofensa, a reincidên-

cia, o grau de culpa e a condição econômica da ré. (TRT3, 2019, on-line)

Todavia, embora as funções da responsabilidade civil tenham ganhado grande espaço na doutrina do Direito Brasileiro, ainda há doutrinadores que vislumbram alguns riscos e discordâncias na forma de aplicação desta função, bem como se efetivamente resulta a uma punibilidade ao ofensor.

Nesse diapasão, tem-se a compensação por danos sofridos, advindo do Direito Norte-Americano, os *Punitive Damages*. Segundo Schreiber (2013, p.19), busca atribuir a vítima um valor superior ao dano sofrido. Foi empregada pela primeira vez em 1.784, nos Estados Unidos, no caso em que um médico, após ter aceitado um desafio de duelo de pistolas, inseriu secretamente cantaridina na bebida do seu adversário, que provocou dores extremas. Naquele caso, a Suprema Corte de Carolina do Sul, decidiu que o médico merecia uma punição exemplar, surgindo o instituto.

Essa forma de compensação ganhou grandes proporções no direito brasileiro e notoriedade, sendo explicada como uma das funções da responsabilidade civil, por alguns autores entendida como função punitiva e para outros autores sendo referida como a função pedagógica ou dissuasiva. Ocorre que no direito brasileiro há uma divisão, sendo o direito penal o responsável pela punibilidade do ofensor enquanto ao direito civil resguarda-se a função da reparação dos danos causados, em vista disso a majoração da reparação por punibilidade ainda não foi codificada no direito brasileiro como em outros países.

Uma das principais críticas ao método *punitive damages*, segundo Schreiber, é que a majoração da reparação implica em violação a letra da lei e ao princípio da legalidade:

O uso de critérios punitivos no cálculo da indenização por dano moral gera diversas inconsistências e equívocos. Em primeiro lugar, implica frontal violação à letra da lei, segundo a qual “a indenização mede-se pela extensão do dano” (Código Civil, art. 944). Desvia-se, ainda, de diversos princípios fundamentais do ordenamento brasileiro, por atribuir ao juiz a possibilidade de estipular e aplicar uma pena sem prévia cominação legal. Pior: a pena é aplicada em um processo civil, sem as garantias próprias do processo penal. (Schreiber, 2013, p. 20)

Ainda, o valor a título de punibilidade é atribuído a vítima, sendo que o mais coerente seria destinar o valor da punição a um fundo ou entidade sem fins lucrativos, já que a função é somente a de punir o causador do dano.

Outra característica das decisões, no âmbito da indenização punitiva, é unificação do valor atribuído, majorando tão somente a indenização. Segundo Schreiber (2013, p.21), o modelo Norte-Americano atribui valores distintos para a reparação compensatória (*compensatory damages*) e a indenização punitiva (*punitive damages*). A necessidade do aumento do valor se dá devido ao histórico de baixo valor atribuído nas indenizações de reparação por danos morais pelos tribunais, uma solução, de acordo com Schreiber (2013, p. 21), seria estipularem valores mais expressivos a essas indenizações.

Diante do exposto, é necessária uma pacificação sobre o limite dos legitimados à indenização por dano moral em ricochete, como visto há possibilidade de determinar os legitimados, devendo ficar sob égide processual as comprovações de eventuais casos específicos que não se enquadrem na regra de vocação hereditária.

Outra solução, seria a incorporação do critério previdenciário nas decisões, contido no

art. 22, I, II, III, do Decreto Lei nº 3.048/99, que preceitua como dependentes preferenciais os cônjuges e filhos, companheiros e companheiras e os equiparados a filhos. Sendo os demais dependentes considerados como não preferenciais, qual sejam: pais e irmãos. Tal regra também é utilizada pela Lei nº 6.858, que determina no art. 1º, que as verbas rescisórias das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos titulares falecidos, devem ser pagos aos dependentes instituídos pela regra previdenciária.

Por outro lado, ao que se refere à indenização punitiva, esta não atinge a finalidade a que foi proposta, recebendo duras críticas de doutrinadores, deste modo, não é vista com aprazimento a sua importação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa científica constitui como um estudo de caso do dano moral em ricochete (ou reflexo) do caso do rompimento da barragem de rejeitos Mina Córrego do Feijão em Brumadinho- MG. Em seus desdobramentos buscou se seria possível a pacificação dos legitimados a pleitearem o dano moral através da caracterização dos critérios objetivos para aplicação do dano moral em ricochete nas decisões do Tribunal Regional do Trabalho.

A responsabilidade civil consagra o dever de indenizar a todo aquele que teve violado, ainda que exclusivamente moral, o direito da personalidade, e no caso de dano por morte não poderia ser diferente. Desta feita, há a consagração da responsabilidade civil do empregador no que tange o ambiente de trabalho, sendo esta, uma responsabilidade civil objetiva porque deriva do poder de direção do empregador.

Ainda, foi feito um estudo de direito comparado entre o Direito Português e o Direito Brasileiro. Através do Código Civil de Portugal, foi possível analisar que os legitimados a pleitear danos morais são incluídos em texto de lei, especificando e limitando através da regra do direito hereditário, aos parentes mais próximos da vítima. Entretanto, a limitação dos legitimados mediante norma, traz inconsistências diferentes das enfrentadas no Direito Brasileiro no sentido de que quando não existirem os legitimados propostos no texto normativo, o dano causado a vida poderia não ser punido.

O ordenamento jurídico Brasileiro, não preceitua de maneira normatizada, o dever da indenização extrapatrimonial reflexo aqueles parentes da vítima. Ainda, é possível verificar que a doutrina e jurisprudência brasileira não admite a transmissão por herança do de cujus, como indenização por danos morais a seus parentes, como é discutido no direito Português.

Todavia, é muito discutido por doutrinadores brasileiros se haveria um limite aos legitimados a pleitear os danos morais. Mormente a isso, ainda não foi pacificado o tema mesmo sendo aplicado constantemente pelos Tribunais Superiores do Trabalho a regra preceituada por Sergio Cavalieri Filho, em que há uma presunção *juris tantum* de dano moral ao cônjuge/companheira, filhos, pais e irmãos menores, ficando os demais casos a mercê da justiça por necessitarem de maior comprovação do dano.

Outra solução apresentada seria a incorporação da regra previdenciária, que já é utilizada no Direito do Trabalho para pagamento dos valores relativos ao FGTS e a contribuição do

PIS/PASEP, não recebida em vida pelo de cujus. Dispõe como os dependentes preferenciais do falecido, o cônjuge e filhos, companheiro e companheira e os equiparados a filhos, os não preferenciais são os pais e irmãos.

Por fim, através da análise das decisões do tribunal, relativo ao caso do rompimento da Barragem de Rejeitos na Mina Córrego do Feijão, foi possível verificar que o principal critério para a conceituação dos legitimados é a vocação hereditária, contemplando os enteados através da nova concepção de entidade familiar. Porém, também demonstrou a possibilidade de indenização por direitos psíquicos da personalidade, que pode ser buscada através da tutela jurisdicional.

Outro aspecto que foi discutido é a dificuldade da aplicação do método *punitive damages* no Brasil. Observou-se como sendo um dos critérios utilizados pelo magistrado para agravar a punição ao ofensor, mas, que o instituto se confunde com o direito penal ao aplicar uma punição fora dos parâmetros do dano, violando o princípio da legalidade e a normativa vigente. Ainda, não poderia ser atribuído o valor à vítima do dano pois o intuito é apenas o de punir, sendo o mais coerente que o valor seja destinado a um fundo social, podendo o contrário gerar enriquecimento ilícito.

Conclui-se que é possível a limitação dos legitimados para pleitearem o dano moral em ricochete através da inclusão no Código de Direito Civil de um rol de parentes da vítima, através do critério de vocação hereditária, ou a pacificação do tema por meio de um entendimento sumulado. Desta feita, diminuiria o número de demandas pleiteando danos morais, bem como o tempo de espera dos legitimados para receberem a indenização por danos morais reflexo, ficando a propositura de ações para aqueles que devam comprovar o prejuízo subjetivo sofrido.

## REFERÊNCIAS

ACÓRDÃO N. 1336600, 00354692820168070018, Relatora: MARIA DE LOURDES ABREU, Terceira Turma Cível, data de julgamento: 28/4/2021, publicado no PJe: 14/5/2021.

BARBOSA, Mafalda Miranda, Francisco Muniz. Responsabilidade Civil. Cinquenta anos em Portugal, Quinze anos no Brasil. Volume II. Coimbra: Editora Abril. Instituto Juridico. Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 2018, p. 285-291.

ARBEX, Daniela. Arrastados – Os Bastidores do Rompimento da Barragem de Brumadinho, o Maior Desastre Humanitário do Brasil – 1ª edição- Rio de Janeiro- RJ- editora Intrínseca LTDA, 2021, p. 330

BRASIL. Lei nº 10.406. Que Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília: de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei Nº 6.858, de 24 de novembro de 1980. Dispõe sobre o Pagamento, aos Dependentes ou Sucessores, de Valores Não Recebidos em Vida pelos Respectiveos Titulares. Planalto: Publicado no DOU. Brasília, 25.11.1980 e retificado em 26.11.1980.

BRASIL. Decreto Nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Planalto: Publicado no DOU. Brasília, 07/05/1999, pág. nº 50. Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=07/05/1999&jornal=1&pagina=106&totalArquivos=248>>. Acesso em: 27 de outubro de 2022

BRASIL. TRT3. Danos morais em Ricochete. Acidente do Trabalho. Morte do Trabalhador. Recurso Ordinário Trabalhista. Acórdão em Ação Ordinária Trabalhista nº 0010206-02.2019.5.03.0163. Ângela de Fátima Coelho de Souza e Vale S.A. Relator: Desembargador Rodrigo Ribeiro Bueno. Minas Gerais, 02 fev. 2022. Acervo Pje TRT 3ª Região, Belo Horizonte, 13 jan. 2022, p. 6-9.

BRASIL. TRT3. Sentença em Ação Ordinária Trabalhista nº 0010001-02.2021.5.03.0163. Eduarda Caroline Albertina Jesus, Eloisa Vitoria Albertino Jesus e Vale S.A. Juíza: Sandra Maria Generoso Thomaz Leidecker. Minas Gerais, 21 out. 2019. Acervo Pje TRT 3ª Região, Betim, p. 7-11.

BITTAR, Carlos A. Os Direitos da Personalidade, 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 182.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P.569

CAVALIERI, Sergio filho. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 98.

FARIAS, Cristiano Chaves de, Nelson Rosendal. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. Volume 1, 13ª edição, revista, ampliada e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 382.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Curso de Direito Civil. 4ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 63 e 64.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil - Vol. 5 - Direito de Família, 7ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015, p.3-5.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.p 325

PORTUGAL. Código Civil de Portugal. Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966, art. 496, 2.

RE 828040, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-161 DIVULG 25-06-2020 PUBLIC 26-06-2020. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=responsabilidade%20civil%20em%20acidente%20de%20trabalho&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=responsabilidade%20civil%20em%20acidente%20de%20trabalho&sort=_score&sortBy=desc).

RESP. 1,279.983/SP. Relator: Luiz Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do Julgamento:08/03/2016, publicado no Pje: 05/04/2016.

SILVA, Jaílson dos Santos. Responsabilidade civil no direito do trabalho. Disponível em: <https://tecjailson.jusbrasil.com.br/artigos/342012653/responsabilidade-civil-no-direito-do-trabalho>. Acesso em 14/10/2022

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade, 2. Edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19-21.

STOLZE, Pablo, Pamplona Filho, Rodolfo. Manual de direito civil, volume único, 4. Edição. São Paulo; Saraiva Educação, 2020, p. 1.388



# **A responsabilidade estatal em face do dano psicológico oriundo da violência obstétrica contra a mulher**

**State responsibility in the face of psychological damage arising from obstetric violence against women**

---

Amanda Lacerda Pinheiro

*Acadêmico de Direito da Faculdade São Lucas*

Amanda Layara Teles da Silva

*Acadêmico de Direito da Faculdade São Lucas*

André Luiz de Oliveira Brum

*Docente de Direito da Faculdade São Lucas.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.146.2

## RESUMO

A violência obstétrica normalmente se caracteriza como violência de gênero contra mulheres que se encontram no período gravídico-puerperal. Se configura em atos de violência física e psicológica. A violência física, em comparação com a violência psicológica, pode ser mais facilmente identificada e conseqüentemente viabilizar melhores formas de reparação à vítima, embora não haja normas federais específicas tratando do assunto. A violência psicológica, por se apresentar como consequência da violência física, ou por falta de instruções às vítimas acerca de sua caracterização, além de seu caráter relativamente abstrato, tem um processo de identificação, no caso concreto, mais dificultoso, o que traz como consequência, grande embaraço à sua reparação. Considerando que maior parte da população brasileira depende do atendimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o objetivo do presente artigo é analisar as possibilidades e formas de responsabilização civil do Estado no que concerne ao aspecto psicológico da violência obstétrica. A análise será feita mediante revisão bibliográfica de artigos existentes acerca do tema, bem como aplicação do método lógico dedutivo ao traçar, a partir de julgados dos tribunais superiores, os nortes para os quais caminha o tema sob análise.

**Palavras-chave:** obstétrica. psicológico. responsabilidade civil. estado. violência.

## ABSTRACT

Obstetric violence is understood as a gender-based violence directed at women who are in the pregnancy-puerperal period. It is configured in acts of physical and psychological violence. Physical violence, compared to psychological violence, can be more easily identified and consequently enable better forms of reparation to the victim, although there are no specific federal rules dealing with the subject. Psychological violence, because it presents itself as a consequence of physical violence, or due to lack of instructions to victims about its characterization, besides its relatively abstract character, has a process of identification, in the concrete case, more difficult, which brings as a consequence, great embarrassment to its reparation. Considering that most of the Brazilian population depends on care by the Unified Health System (SUS), the aim of this article is to analyze the possibilities and forms of civil accountability of the State with regard to the psychological aspect of obstetric violence. The analysis will be made through a bibliographic review of existing articles on the subject, as well as application of the logical deductive method when tracing, from the judgments of the higher courts, the north to which the theme under analysis is being analyzed.

**Keywords:** obstetric. psychological. liability. state. violence.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo objetivo a análise da responsabilidade civil do Estado em casos de violência obstétrica psicológica contra mulher.

A violência obstétrica é tema recorrente de diversas discussões no campo científico, dentre elas as diversas possibilidades de responsabilização dos profissionais da saúde no caso concreto.

No entanto, o tema é repleto de vértices, dentre eles a diferença entre os aspectos físicos e psicológicos da violência, pois, enquanto a violência física é visível, a violência psicológica é, de certa forma, abstrata, haja vista não pode ser notada de imediato, não pode ser verificada através de uma análise inicial em exames de corpo de delito, por exemplo. Ficando a cargo do discernimento da vítima a percepção da agressão, e a dissociação para a definição dos limites entre qual é a conduta aceitável e a que extrapola os limites e caracteriza a violência.

Assim, considerando que grande parte da população brasileira é dependente da assistência pública de saúde como única opção, questiona-se, como se dá a responsabilização civil do Estado quando a violência obstétrica é puramente psicológica?

Nas palavras de Maria Silvia Zanella DI Pietro (2022):

Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause danos específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.

Desse modo, surge outro questionamento, se um dos requisitos para que se verifique a responsabilidade civil do Estado é a ocorrência do nexo de causalidade entre o ato do agente público, no caso, do profissional da saúde, e o dano causado, ou seja, a violência obstétrica psicológica, como se verifica no caso concreto a existência do referido nexo causal?

Justifica-se então a presente pesquisa, pela necessidade de se provar diante dos tribunais judiciais que determinadas condutas dos agentes públicos são as causadoras de danos psicológicos, às vezes irreparáveis, à uma diversidade de mulheres que, em regra, devido à escassez financeira, dependem do auxílio Estatal para que vejam garantido o seu direito à saúde previsto constitucionalmente.

Com a finalidade de responder aos apontamentos acima, utilizou-se como fonte de pesquisa diversos estudos já realizados e publicados em revistas e livros sobre psicologia e direito. Além disso, foi realizada análise do entendimento dos tribunais superiores acerca da questão, como forma de se constatar para quais rumos caminha o ordenamento jurídico brasileiro com relação ao tema sob análise.

## **A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

A violência obstétrica nada mais é do que o retrato de negativas heranças históricas que ainda se fazem presentes nos mais remotos âmbitos sociais, originária do extremo conservadorismo e do patriarcado que ainda não foram superados atualmente.

A Organização Mundial Da Saúde (OMS) conceitua a violência obstétrica (V.O) como forma apropriação do corpo da mulher e dos processos reprodutivos por profissionais de saúde, na forma de um tratamento desumanizado, medicação abusiva ou patologização dos processos naturais, reduzindo a autonomia da paciente e a capacidade de tomar suas próprias decisões livremente sobre seu corpo e sua sexualidade, o que tem consequências negativas em sua qualidade de vida. (2019).

Nesse mesmo sentido, a rede Parto do Princípio conceitua como sendo “a violência

cometida contra a mulher grávida e sua família no ambiente de saúde durante a assistência ao pré-natal, parto, pós-parto, cesárea e abortamento, pode ser verbal, física, psicológica ou mesmo sexual e se expressa de diversas maneiras explícitas ou implícitas. Como outras formas de violência contra a mulher, a violência obstétrica é fortemente condicionada por preconceitos de gênero.”

## O aspecto psicológico

Apresentado o conceito amplo de violência obstétrica, é importante definir que o aspecto psicológico pode ser entendido como um de seus gêneros.

Para Sauaia e Serra (2016):

A violência obstétrica psicológica, caracteriza-se por: a) privação de informações à parturiente acerca dos procedimentos realizados; b) realização de comentários ofensivos, insultuosos, discriminatórios, humilhantes ou vexatórios; c) tratar a parturiente de forma grosseira, agressiva, não empática e zombeteira; d) expor a parturiente a situações de medo, abandono, inferioridade ou insegurança; e) recriminação pelos comportamentos da parturiente, proibindo-a de expressar suas dores e/ou emoções; f) procrastinação do contato entre a mãe e o neonato; g) recriminar a parturiente por qualquer característica ou ato físico, tais como: altura, peso, opção sexual, raça, pelos, evacuação, estrias, etc, dentre outras práticas amplamente condenadas pela OMS.

Toda atividade natural em torno da gravidez é esperada pela mulher, entretanto quando ocorre situação adversa da esperada, e pior, quando há violência no seu processo, principalmente por parte daqueles que deveriam exercer papel de cuidadores, tem-se como resultado um impacto significativo no funcionamento do seu psicológico, impactando na sua percepção e processamento da situação (DIAS e PACHECO,2020).

Do ponto de vista da ciência psicológica, o dano psicológico é evidenciado pela deterioração das funções psicológicas, de forma súbita e inesperada, surgida após uma ação deliberada ou culposa de alguém, e que traz para a vítima tanto prejuízos morais quanto materiais, face à limitação de suas atividades habituais ou laborativas. A caracterização do dano psicológico requer, necessariamente, que o evento desencadeante se revista de caráter traumático, seja pela importância do impacto corporal e suas consequências, seja pela forma de ocorrência do evento, podendo envolver até a morte. Cruz e Maciel (2019)

Analisando a supracitada definição sob a ótica da violência psicológica no âmbito da obstetrícia, verifica-se que o dano psicológico é causado não somente pelas agressões verbais, mas também pela violência física sofrida, pois ao configurar grave desrespeito à liberdade individual da mulher sobre o seu corpo e violação ao seu direito fundamental à saúde, traz à superfície traumas que podem ser gatilhos para doenças como a ansiedade, a síndrome do pânico e a depressão, dentre outras, não sendo raros os casos de depressão pós-parto e infanticídio.

Em pesquisas de Lange (2015), realizou-se entrevistas com 5 mulheres de 25 a 35 anos, que foram questionadas sobre quais eram suas opiniões com relação à violência obstétrica, os relatos de suas experiências afirmam que passaram, durante os processos de parto, momentos de estresse, medo, indignação, constrangimento e desvalorização.

Coexistente, Dias e Pacheco (2020) citam que é notada a dificuldade que a mulher tem em responder de maneira clara à violência sofrida, pois a posição que exerceu era vulnerável e dentro do ambiente hostil não havia poder que esta poderia vir atuar, ou seja, a mulher identifica

os momentos dos acontecimentos contudo frente a situação em que se encontram, vê-se sem ação.

Assim, podemos concluir que um dos maiores obstáculos em relação a atuação e empoderamento da mulher é a postura passiva ao qual a mesma é vinculada, ainda apegada ao modelo médico de “detentor do saber”, não sendo suscetível os questionamentos aos procedimentos às quais estão sendo submetidas por não “serem as profissionais”.

## **A violência obstétrica psicológica como um problema de responsabilidade estatal**

É evidente que a prática da violência obstétrica infringe uma série de direitos e garantias fundamentais consagrados pela constituição da república, como a dignidade da pessoa humana, a proteção contra tratamento desumano ou degradante e o direito à vida (em muitos casos acarreta a morte da mãe e/ou do nascituro) dentre outros.

Além disso, o texto constitucional traz em seu art. 6º, como direito social, à saúde e à proteção à maternidade e à infância, e acrescenta através do art. 196 preconiza:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse sentido, o desrespeito à maternidade e a saúde da mulher configura também um problema social, pois trata-se de norma que deveria ser obrigatoriamente cumprida pelo Estado.

Observa-se que, em que pese a predominância dos preconceitos de gênero, em práticas de violência obstétrica tal predomínio soma-se às ocorrências relacionadas ao preconceito racial e socioeconômico.

De acordo com o estudo, nascer no Brasil, as mulheres negras e periféricas são as vítimas mais recorrentes da violência obstétrica e ocupam o topo dos índices de mortalidade materna. Segundo o Painel de Monitoramento de Mortalidade Materna, em 2021 correspondeu a 8.760 o número de mortalidade de mulheres autodeclaradas pretas e 40.585 aquelas que se autodeclaravam pardas, tendo em vista não somente a questão de desigualdade socioeconômica e de acessibilidade de direitos que estão imersas, mas também ao racismo institucional presente no âmbito da saúde. (CIRINO, 2022, p. 28)

Nesse contexto, entende-se que o maior problema no combate e prevenção da violência obstétrica é a posição de vulnerabilidade ocupada pela mulher no momento do parto, ao ser considerada a influência e poder que os profissionais da saúde têm no momento durante o período gestacional, assim como momento do parto, uma vez que possuem o conhecimento técnico e teórico para conduzir o processo, ganhando a confiança da parturiente e de seus familiares.

As consequências dos desrespeitos sofridos pela mulher durante o trabalho de parto são diversas, e vão desde cicatrizes desnecessárias até traumas emocionais. Atualmente é possível listar procedimentos que são considerados violência obstétrica, tais como as infusões intravenosas para acelerar o trabalho de parto (ocitocina sintética), a pressão sobre a barriga da parturiente para empurrar o bebê (manobra de Kristeller), o uso rotineiro de lavagem intestinal, retirada dos pelos pubianos (tricotomia) e exame de toque frequente para verificara dilatação.

Além disso, são usualmente relatados casos de humilhações praticados pelos profissionais de saúde, como fraseados dito por profissionais da saúde relacionados à vida privada da mulher tais como ameaças de não atendimento em caso de a parturiente continuar com o “escândalo” ou ainda frases ofensivas como “na hora de fazer,” a mulher não gritou ou que se ela havia feito agora deveria aguentar ou outras do gênero (ALVARENGA e KALIL, 2016).

Nota-se que, além da momentânea posição de vulnerabilidade da mulher, a violência obstétrica não é assunto popularmente debatido, como consequência disso muitas mulheres são submetidas a tal brutalidade sem ter o conhecimento que esses comportamentos se configuram como violência, tendo em vista que socialmente e costumeiramente há prevalência da opinião/fala do médico pois esse detém o saber que o torna profissional, não havendo o a possibilidade de questionamento, logo, as mulheres, assim como seus familiares são induzidos e tem a falsa sensação de segurança.

Dado os pontos acima relacionados, é evidente a relevância de previsão legal para prevenção e repreensão nos casos concretos. Além disso, ante a inércia do Estado na concretização da referida norma, faz-se necessária a análise de sua responsabilidade, tendo em vista que a saúde é direito fundamental constitucionalmente garantido a todos e reforçado por normas internacionais de direitos humanos.

A declaração da organização internacional diz ainda que, para melhorar a assistência às mulheres é preciso que os sistemas de saúde se organizem e sejam administrados para garantir respeito à saúde sexual e reprodutiva das pacientes.

A Organização Mundial da Saúde faz cinco recomendações de medidas a serem adotadas, sendo que uma delas é a de maior apoio dos governos e de parceiros do desenvolvimento social para a pesquisa e ações contra o desrespeito e os maus-tratos contra a mulher.

Considerando que a melhor forma de combate é a prevenção, essa prerrogativa não abrange o ato já ocorrido, diante disso a resposta jurídica deve ser satisfatória e coerente em face da gravidade dos casos já existentes. Contudo, a inatividade estatal está alinhada às escassas pesquisas que abordam os danos psicológicos decorrentes da violência obstétrica, as quais evidenciam a situação lamentável a que muitas mulheres são expostas.

## **DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

A responsabilidade estatal tem previsão na Magna Carta, especificamente no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal *in verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em que pese sobre a responsabilização do Estado, tem-se a chamada tríplice responsabilidade, pois abrange as esferas: Administrativa Civil e Penal.

A pesquisa focará na responsabilidade civil abrange o dever de indenização a quem couber, em situações de dano material, moral ou estético

Maria Sylvania Zanella Di Pietro, 2008, em seu livro, defende que, quando há um dano

resultante de conduta do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilização será do Estado sendo sempre civil, ou seja, pecuniária, e sempre extracontratual, uma vez que a vinculação nascer dos danos sofridos em situações jurídicas gerais

Para Alexandre Mazza, em sua obra “Manual de Direito Administrativo”, a responsabilidade estatal regula o dever do Estado de indenizar particulares por danos civis e extracontratuais que estes vierem a sofrer por ações ou omissões dos agentes públicos no exercício de suas funções. Esses danos podem ser de ordem material, moral ou estética (MAZZA, 2013, p. 318).

## **Da responsabilidade civil estatal**

A responsabilidade civil é sustentada pelo princípio de que cada um responde pela própria culpa. Entretanto, a jurisprudência esclarece situações em que a responsabilidade é atribuída a terceiro, que causou o dano, tratando assim de uma responsabilidade indireta, pois desta maneira, a culpa é presumida (STOLZE; FILHO, 2017).

Nesse contexto, tem-se a responsabilidade objetiva, em que não há a presença do elemento “culpa” na conduta do agente, sendo ela irrelevante para a caracterização do dever de indenizar. Gagliano e Filho (2017) observam que:

Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessário a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja a dever de indenizar.

MELO (2014) relata sobre a teoria do risco que foi criada a partir da constatação de que a responsabilidade fundada na culpa se mostrava insuficiente para que o lesado obtivesse a satisfação de seus prejuízos.

Em termos de responsabilidade civil, risco tem sentido especial, e sobre ele a doutrina civilista, desde o século passado vem-se projetando, com o objetivo de erigi-lo em fundamento de dever de reparar, com visos de exclusividade, ou com extremação da teoria própria, oposta à culpa. (PEREIRA, 2018, p. 277).

O dever do Estado é indenizar outrem que sofreu uma lesão em decorrência de um comportamento lícito ou ilícito de um de seus agentes.

De tal modo que bastaria que a vítima comprovasse o nexos de causalidade entre o comportamento e o dano, por meio de testemunho, a exemplo.

É possível a existência de responsabilidade sem culpa, visto que na Constituição Federal de 1988, no artigo 37, parágrafo 6º aduz que há uma possibilidade de responsabilidade objetiva em hipóteses específicas e em leis especiais que distanciam a teoria subjetiva da culpa, à exemplo o Código de Defesa do Consumidor (STOCO, 2013).

De acordo com a Constituição Federal, a responsabilidade civil é prevista em lei sendo o CDC é um exemplo belíssimos pois não se baseia na culpa, considerando a conduta do agente e averiguando se houve o dolo e o nexos de causalidade. Não se exige a comprovação da culpa do agente na responsabilidade civil objetiva. Para que este repare a vítima, em alguns casos a culpa será presumida e em outros ela será prescindível (GONÇALVES, 2017).

Stoco (2013, p. 150) pondera, ainda, que:

Ao se encaminhar para a especialização da culpa, ocorre uma inversão do ônus *probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado à conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina.

O ônus da prova da vítima se satisfaz com a prova da ação ou omissão do agente e do dano, pois a culpa do agente é presumida. É sabido que o ônus da prova se inverte quando a culpa é presumida. O autor da ação só vai precisar provar a sua ação ou omissão e o dano que resultou do comportamento do réu, pois sua culpa já é presumida (GONÇALVES, 2017).

Lima (1998, p. 43) em sua obra descreve:

O reconhecimento da presunção de culpa um dos instrumentos técnicos que se utilizaram para a abertura de caminho para a aceitação da doutrina objetiva, apontada ao lado da teoria do abuso de direito e da culpa negativa (Alvino Lima, Culpa e risco.n.8p.43).

Também é definido o risco quando uma pessoa que realizar uma atividade e põe em risco a vida de terceiros responderá pelos danos que causou, tipificando um erro de conduta, e representando a teoria do risco (PEREIRA,2016).

Gonçalves (2017, p. 49) teoriza:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como "risco-proveito", que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubimolumentum, ibionus*), ora mais genericamente como "risco criado", a que se subordina indagação de culpa expuser alguém a suportá-la.

A teoria do risco reflete a ideia de que toda pessoa que ao realizar uma atividade cria risco a outrem, um risco que quando certificado nasce à obrigação de reparar, mesmo que não exista culpa.

O artigo 927, em seu parágrafo único do Código Civil preceitua que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Portanto, ao Estado é aplicado a responsabilidade objetiva tendo em vista que este responde pelos atos de seus agentes, sendo esses ainda passíveis de responsabilização subjetiva em virtude da atividade que exercem.

## **Nexo causal e dolo**

Apesar de haver o entendimento que a violência obstétrica psicológica existe e é uma realidade, como essa pode ser provada em juízo?

Essa dificuldade ocorre devido a vários fatores, um deles pelo fato de os Tribunais exigirem prova, só admitindo a responsabilização do médico em casos de erro grosseiro, ou quando

é matéria essencialmente técnica, passível de realização de prova pericial, pois o juiz não tem embasamento científico para isso.

A teoria adotada para a responsabilidade objetiva utiliza-se a teoria da causalidade.

O artigo 403 do Código Civil de 2002 perfaz a necessidade de efeito direto e imediato. Na aplicação dessa teoria a causa do dano é condição necessária e suficiente, o que pode parecer excessivo mas consideração a posição hipossuficiência da vítima é evidente sua consideração

Reconhece-se o dano como imediato quando se pode identificar uma linha reta entre ação, conduta e consequência ou evento danoso, mesmo que haja algum intervalo entre eles, nos casos em apreço, os Danos Psicológico podem ser identificados posteriormente a ação dos agentes (pela ação da família ou reconhecimento da própria vítima) ou ainda serem gatilhos para situações futuras que a parturientes possam vir passar.

É necessária a causa que se não existisse faria desaparecer o dano, ou seja, se não houve a violência contra mulher em um momento tão delicado da sua vida, não haveria prejuízo a mesma.

Portanto, é claro e necessário a aplicação de medidas que possibilitem a vítima o acesso a reparação por Danos, cabendo ao judiciário e ao legislativos fornecerem os meios para esses atos , a exemplo do utilizado no Código de Defesa do Consumidor, que ao considerar a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência há a inversão do ônus da prova para facilitar a defesa da vítima:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

A parturientes detêm a mesma posição desfavorável em relação ao Estado, devendo estar à disposição da vítima todos as ferramentas judiciais previstas nas legislações vigentes.

## **Aplicabilidade no direito brasileiro**

No Brasil, a teoria da irresponsabilidade, apesar de não ter nenhuma norma dispendo de maneira expressa, nunca foi muito seguida no ordenamento jurídico.

O direito oscila entre as doutrinas subjetiva e objetiva da responsabilidade estatal.

Adotando como via de regra a teoria objetiva do Estado.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002, em seu artigo 43, adotou a teoria civilista da responsabilidade subjetiva que prevê que as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis pelos comportamentos de seus representantes que vierem a causar prejuízo a particulares, faltando com o dever previsto em lei.

Ainda, no caso da ação regressiva contra o causador do dano é preciso que comprove que este agiu com dolo ou culpa, o que não era previsto no Código Civil de 1916.

Hely Lopes Meirelles, em seu livro Direito Administrativo Brasileiro destaca que este artigo 43 do Código Civil de 2002 não se referiu aos funcionários das pessoas jurídicas de di-

reito privado prestadoras de serviços públicos, aduz que: “*Quer sejam empresas governamentais (empresas públicas e sociedades de economia mista), quer sejam exclusivamente privadas (concessionárias ou permissionárias), respondem também objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros*” (2003, p. 626).

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Frente isso, resta claro o dever e a responsabilidade do Estado em responder civilmente por quaisquer danos provocado por seus agentes, resguardando-lhes o direito de ressarcimento do agente.

Esses discussão acerca de quem é dever de indenizar ou reparar não deve atingir a vítima da violência obstétrica principalmente as oriundas de danos psicológicos em face do desgaste e abalo emocional já sofridos.

## O ENTENDIMENTO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Como já bem observado no subtópico **A violência obstétrica psicológica como um problema de responsabilidade estatal**, a saúde pública é um direito de todos e dever do Estado, todavia, verifica-se a não observância de tal preceito por parte dos agentes públicos da área da saúde, fato que, somado à ausência de Leis que caracterizem a violência obstétrica e tratem penalidades para os agentes causadores dos danos, acaba por dificultar a coibição da prática em questão.

Nesse cenário, se faz importante a realização de uma breve investigação acerca do modo como tem se comportado o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF).

Em pesquisa aos sítios eletrônicos das referidas cortes, é possível constatar que o sistema judiciário caminha vagarosamente rumo ao reconhecimento da violência obstétrica como violência de gênero e violência institucional.

### Do STF

Em pesquisa ao site do STF foram encontrados apenas 4 julgados relacionados ao tópico da violência obstétrica em sentido amplo, ou seja, sem analisar o aspecto psicológico.

Em 2016 foi julgado o MS44347 de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Embora o Mandado tratasse de violência obstétrica, o que se discutia na corte superior era o deslocamento da competência da justiça estadual para a justiça federal, tendo em vista que o que objeto inicial da demanda era a responsabilização do Município de diadema por violência obstétrica contra a mulher e neonato, ou seja ainda não discutia a questão da comprovação do nexo causal nos casos de responsabilização do Estado por Violência obstétrica psicológica.

Traçando o mesmo caminho, as decisões posteriores, no Agravo regimental (ARE) 1338803, Habeas Corpus (HC) 218549, HC 180293, julgados entre os anos de 2020 e 2021, apesar de possuírem, como base das ações, a violência obstétrica nas suas mais diversas nuances, não levavam até o Supremo Tribunal Federal a abordagem da comprovação do nexo causal

para fins de responsabilização do Estado.

## Do STJ

Em consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, buscando pelas palavras “Violência e Obstétrica”, infelizmente os resultados não foram satisfatórios.

Foram encontradas apenas 35 decisões monocráticas, ou seja, não houve unificação do entendimento ainda, também não há apreciações sobre o dano puramente psicológico dentre as referidas decisões.

## Dos TJ'S

Os tribunais estaduais em julgamentos aos casos práticos, tem timidamente considerado a violência obstétrica com o caráter de direito humano fundamental de que ela dispõe e apreciando o mérito de forma mais humana, considerando todos os aspectos e delicadeza que tais casos necessitam.

No julgamento da apelação referente ao processo n.º 1014301-14.2016.8.26.0053, o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais decorrentes de violência obstétrica em sentido amplo por ausência de nexo de causalidade atestada em laudo pericial.

RESPONSABILIDADE CIVIL – Prestação de serviço público de saúde – Indenização por danos morais em virtude de suposta falha no atendimento à autora durante trabalho de parto, além da falta de acompanhante – Incidência do artigo 37, parágrafo 6º, da Carta Magna – Ausência de defeito na conduta da Administração Pública – Rompimento do nexo de causalidade - Prova pericial que afastou a aventada falha no atendimento médico prestado à requerente – Inexistência do dever de indenizar. R. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJ-SP - APL: 10143011420168260053 SP 1014301-14.2016.8.26.0053, Relator: Carlos Eduardo Pachi, Data de Julgamento: 14/12/2018, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 14/12/2018)

No corpo da referida ação, a demandante também argumentou que “que permaneceu sozinha na maior parte do tempo, sem direito a acompanhante ou presença de seu esposo, além de ter sofrido violência psicológica e verbal das atendes do hospital” texto constante do relatório da decisão.

O relator, justificando o improvimento da apelação no tópico concernente à violência obstétrica psicológica declarou que “não havendo erro médico e não sendo possível aferir danos decorrentes das condutas efetivadas pela equipe do Hospital Municipal, não se há que falar em indenização por danos morais.”, ou seja, foi analisada apenas o aspecto físico da violência psicológica, desconsiderando-se a alegada violência psicológica por ausência de comprovação

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF no julgamento do recurso de apelação referente ao processo n.º 0022907-21.2015.8.07.0018, reconheceu o termo violência psicológica e entendeu que é fato gerador de indenização. (em negrito).

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. ERRO MÉDICO. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DEVIDA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE DOS DANOS MATERIAIS. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A parturiente, a par da episiotomia intempestiva e indevida, fruto de erro médico com a insistência

na realização de um inviável parto pela via baixa, conforme expressamente consta do laudo pericial, foi submetida posteriormente a parto cesariana com manobra de Zavanelli, intercorrências e internação da recém-nascida em UTIN por 28 dias. A responsabilidade civil do Estado desponta, diante da prova escoreta do dano e do nexo causal, guardando amparo jurídico o dever de indenizar, na hipótese, o dano moral, nos termos do que dispõem os art. 37, § 6º, da Constituição Federal e 12 do Código Civil. 2. A Organização Mundial de Saúde (OMS) define violência como a imposição de um grau significativo de dor e sofrimento evitáveis. **A identificação com a violência obstétrica e psicológica sofrida pela parturiente configura o dano moral que deve ser compensado como um lenitivo à vítima**, bem assim à recém-nascida, se presentes os elementos da responsabilidade civil. 3. É evidente, portanto, que a insistência indevida com o parto inviável por via baixa, culminando com episiotomia intempestiva e indevida, bem assim a imperícia e a imprudência a que submetida a autora no sensível momento do parto, posteriormente efetivado por cesariana com manobra de Zavanelli e intercorrências, representou um quadro de traumático sofrimento, agravado em seguida pela angustiante permanência da recém-nascida, com saúde comprometida e risco de vida, em leito de UTIN por 28 dias, a amparar a pretensão de majoração da indenização fixada para o valor pretendido de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). 4. De igual modo, a indenização à criança merece majoração para R\$40.000,00 (quarenta mil reais), a despeito de inexistir sequela ou incapacidade permanente atual, isso porque, conforme consta expressamente do laudo pericial, padeceu de sofrimento intenso e injustificado, diante do tocotraumatismo com anóxia intraparto e sofrimento fetal agudo, com várias intercorrências durante os 28 dias na UTIN, tais como Infecção presumida, sepse tardia, hemorragia digestiva alta, flebites em local de punção venosa. 5. A majoração, desse modo, atende ao critério bifásico, às circunstâncias específicas que envolvem a lide e a anseios de razoabilidade que o Direito exige. [...] 7. Recurso do Distrito Federal conhecido e desprovido. Recurso das autoras conhecido e parcialmente provido. (TJ-DF 00229072120158070018 DF 0022907-21.2015.8.07.0018, Relator: SANDRA REVES, Data de Julgamento: 11/11/2020, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/11/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

A partir do exposto é possível frisar que, apesar dos avanços, o ordenamento jurídico ainda caminha a passos lentos ao considerar todo os eventos danosos e seus reflexos, observa-se que ainda não são evidentes meios de contornar a necessidade de comprovação de nexo causal pra fins de responsabilização do Estado por violência obstétrica psicológica, pois nas poucas vezes em que houve condenação do Estado por esse fato, foi em decorrência de reflexos da violência física, passível de comprovação por perícia.

Nesse sentido, por presunção lógica, extrai-se do cenário jurídico brasileiro que, se os poderes legislativo e judiciário tem caminhado com lentidão no reconhecimento da violência obstétrica em sentido geral, quanto mais deverá caminhar com a mesma lentidão no reconhecimento da violência psicológica em âmbito obstétrico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho buscou-se analisar a responsabilidade civil estatal frente aos casos de violência obstétrica psicológica. Através da referida análise foi possível constatar que inexistente previsão legal específica para tratar da violência obstétrica, razão pela qual os tribunais têm enfrentado o tema sob a luz de outras normas.

Verificou-se ainda que, para que seja apurada a responsabilidade civil estatal, de acordo com a regras de direito administrativo, é necessária a verificação de três requisitos, a ocorrência do dano, a ação ou a omissão administrativa e o nexo de causalidade entre ambos.

Desse cenário depreende-se que a possibilidade de responsabilização do Estado pela ocorrência de violência obstétrica psicológica esbarra nesse último requisito, pois diante dos casos examinados nos sites dos tribunais observou-se que, em poucos casos há condenação

do estado por violência obstétrica psicológica e, quando há, está apertadamente vinculada aos reflexos da violência física sofrida pela parturiente, tendo em vista que, essa sim pode ser provada mediante exame pericial.

Assim, se pode concluir que ainda há um vasto caminho a ser explorado no que concerne aos meios de comprovação do nexos de causalidade para fins de responsabilização do Estado nos casos de violência obstétrica, mas é inequívoco o dever de reparar as mulheres pela violência sofrida.

Por fim, é fundamental salientar que, mais importante do que a responsabilização do Estado quando já ocorreu o dano é o seu dever constitucionalmente expresso de garantir vida digna e saúde à população. Sendo assim, o seu dever tem início no momento de propagação de conhecimento acerca dos abusos à que estão propensas as mulheres, ações que, apesar de serem realizadas pela própria população através de organizações não governamentais, não deixam de ser obrigação do Estado.

Para que haja a concretização e seja dada a devida atenção ao caso em análise, é necessária ação de órgãos independentes, como as defensorias, a quem foi incumbida a defesa das minorias trabalhando juntamente com as vítimas para a reparações que lhe são devidas

Além disso, como forma de incentivar as vítimas a buscar reparação pelo dano sofrido e, como forma de conscientização da população, o ideal é a maior atuação do Poder Legislativo na criação de normas sancionatórias aos agentes públicos que incorrerem em tal prática, cumprindo assim, analogicamente uma das funções da pena, a prevenção, além de unificar o entendimento e orientar os tribunais na avaliação do mérito em ações judiciais e torna efetivo o reconhecimento da legitimidade passiva do Estado.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Janaína Marques de; D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas. Violência institucional em maternidades públicas sob a ótica das usuárias. *Interface-Comunicação, Saúde, Educação*, v. 15, p. 79-92, 2010. Disponível em < <https://www.scielo.br/j/icse/a/vvlz5tn8hpzz9sxnkqth78j/>>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

ALVARENGA, S.P; KALIL, J.H. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: como o mito “parirás com dor” afeta a mulher brasileira. *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*. 2016 ago./dez; v. 14, n. 2, p. 641-649

BRASIL. Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais. Nota de repúdio. Brasília, DF: ANADEF, 2019. Disponível em: <https://www.anadef.org.br/noticias/ultimasnoticias/item/pec-da-defensoria.html>. Acesso em: 02 maio de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/)

Leis/L8078.htm

BRASIL. Lei Nº 5217 DE 26/06/2018; dispõe sobre a implantação de medidas de informação e de proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?Id=361631.>>; Acesso em 02 de maio de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde - Diretriz Nacional de Assistência ao Parto Normal. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: 70 [http://conitec.gov.br/images/Consultas/2016/Relatorio\\_Diretriz-partonormal\\_CP.pdf](http://conitec.gov.br/images/Consultas/2016/Relatorio_Diretriz-partonormal_CP.pdf). Acesso em: 02 de maio de 2021.

BRASIL. PARECER CFM nº 32/2018; A expressão “violência obstétrica” é uma agressão contra a medicina e especialidade de ginecologia e obstetria, contrariando conhecimentos científicos consagrados, reduzindo a segurança e a eficiência de uma boa prática assistencial e ética. Disponível em <http://old.cremerj.org.br/downloads/835.PDF>>. Acesso em 02 de maio de 2022.

BRASIL. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009; CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf> >. Acesso em 02/05/2021.

BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 36, DE 3 DE JUNHO DE 2008; Dispõe sobre Regulamento Técnico para Funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal. Disponível em [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/res0036\\_03\\_06\\_2008\\_rep.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/res0036_03_06_2008_rep.html)>. Acesso 02 de maio de 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Violência Obstétrica. Disponível em [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=viol%C3%AAncia%20obst%C3%A9trica%20&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=viol%C3%AAncia%20obst%C3%A9trica%20&sort=_score&sortBy=desc)>. Acesso em 19 de novembro de 2022.

BRENES, Anayansi Correa. História da parturição no Brasil, século XIX. Cadernos de Saúde Pública, v. 7, p. 135-149, 1991. Disponível em <https://www.scielo.br/j/csp/a/xFmLWvbx9BRGyJXW38gFXpP/> >. Acesso em 16 de novembro de 2022

CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade Civil do Estado. Tomo I. Nova edição atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Editor Boros, 1957. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/386735967/Jose-de-Aguiar-Dias-Da-responsabilidade-civil-pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2022

CIELLO, Carina *et al.* Dossiê da Violência Obstétrica-Parirás com dor. Rede Parto do Princípio-Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa, 2012. Disponível em <https://docs.google.com/document/preview?Hgd=1&id=1djpm4rtkypumao6g8zclpveoljeo1dwbbttt9isillg#!>>. Acesso 16 de novembro de 2022.

CORDINI, Sthefane Machado. A responsabilidade civil nos casos de violência obstétrica praticada na rede pública de saúde. 1library.org. Disponível em: <https://1library.org/document/zw033jvy-responsabilidade-civil-casos-violencia-obstetrica-praticada-publica-saude.html>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

CRUZ, Roberto Moraes; MACIEL, Saily Karolin. PERÍCIA DE DANOS PSICOLÓGICOS EM ACIDENTES DE TRABALHO. ESTUDOS E PESQUISAS EM PSICOLOGIA, Rio de Janeiro, 20 maio 2015. Disponível em: <http://www.revispsi.uerj.br/v5n2/artigos/aj06.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2020.

DIAS, S. L.; & PACHECO, A.O. Marcas do parto: As consequências psicológicas da violência obstétrica. Revista Arquivos Científicos (IMMES), v. 3, n. 1, p. 04-13, 2020. Disponível em: . Acesso em: 06 jan. 2023

FERNANDA, LUCENA. Você sabe o que é Violência Obstétrica? Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/voce-sabe-o-que-e-violencia-obstetrica/>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

FILHO, Pablo Stolze Gagliano;GIGLIANO, Pablo Stolze . Manual de Direito Civil.1. ed. Saraiva.2017

GONÇALVES, CARLOS OBERTO, Direito Civil Brasileiro 4 - Responsabilidade Civil.Rio de Janeiro. Saraiva Educação S.A., 2017.

ISSA, Mahmud A. Violência Obstétrica. NÃO SE CALE. Disponível em: <<https://www.naosecale.ms.gov.br/violencia-obstetrica/>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

JANSEN, Mariana. Violência Obstétrica: Por que devemos falar sobre? | Politize! Politize.com.br. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/violencia-obstetrica>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

LANGE, Melissa Lins de Abreu. “Outras dores além do parto”: um estudo de caso com mulheres vítimas da violência obstétrica. Psicologia, Santa Catarina, 6 jan. 2023. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/10270>. Acesso em: 6 jan. 2023.

LOPES, C.V; *et al.* Experiências vivenciadas pela mulher no momento do parto e nascimento de seu Filho. Cogitare enferm. V. 14, n. 3, p. 484-90, jul./set. 2009. MARTINS, F. G.; VIANA, F. R. Empoderamento da mulher no parto humanizado: Combate à violência obstétrica. Portal de Revistas de Enfermagem. 2018. Disponível em < [http://www.revenf.bvs.br/scielo.php?Script=sci\\_arttext&pid=S1414-85362009000300011&lng=es&nrm=iso](http://www.revenf.bvs.br/scielo.php?Script=sci_arttext&pid=S1414-85362009000300011&lng=es&nrm=iso) > Acesso em: 04 de outubro de 2021;

MACEDO, T. S. B. COM DOR DARÁS À LUZ: Retrato da violência obstétrica no Brasil, 2013. E-book. 2018. Disponível em < <https://1library.org/document/eqomk67z-pariras-revisao-integrativa-violencia-obstetrica-unidades-publicas-brasileiras.html>>. Acesso em 22 de novembro de 2022

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo.7. ed. Saraiva.2013

MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NAÇÕES UNIDAS. Agenda global de desenvolvimento sustentável sustentabilidade.2015. Disponível em <<http://200.137.241.24:8081/jspui/bitstream/123456789/232/1/ODS.pdf>>. Acesso em 02 de maio de 2021.

Organização Mundial da Saúde (OMS). Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde Genebra: Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisa/ OMS; 2014.

PAES, Fabiana Dal'Mas Rocha. ESTADÃO. POLÍTICA. A violência obstétrica na legislação brasileira. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-violencia-obstetrica-na-legislacao-brasileira/>>. Acesso em 02 de maio de 2021.

Pereira, Caio Mário da Silva, Responsabilidade Civil. 12. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense Ltda. 2018

REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição (1946). Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Data de acesso: 02 de maio de 2021.

ROCHA, Nathalia Fernanda Fernandes da; FERREIRA, Jaqueline. A Escolha Da Via De Parto E A Autonomia Das Mulheres No Brasil: Uma Revisão Integrativa. Saúde em Debate, 2020. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/sdeb/a/gv6dsvlwcqfzvxdlcktxhl/>>. Acesso em: 16 de novembro de 2022.

SANTOS, A. F. G. Et al. A violência como precursora do transtorno de estresse pós-traumático e o impacto na saúde da mulher. 2019. Disponível em: <<https://www.semanticscholar.org/paper/A-VIOL%C3%8ANCIA-COMO-RECURSORA-DO-TRANSTORNO0-DE-E-O-NA-Santos-Silva/2758754fa5474da073a7c57ccd528afa50252487>>. Acesso em: 06 de set. De 2022.

SANTOS, Andreza Santana; Uma Análise Da Violência Obstétrica À Luz Da Teoria Do Bem Jurídico: A Necessidade De Uma Intervenção Penal Diante Da Relevância Do Bem Jurídico Tutelado; Orientadora: Profa. Dra. Thaize de Carvalho Correia; 2018; 83 f; TCC (GRADUAÇÃO); Curso de graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia; Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/28252/1/Andreza%20Santana%20Santos.pdf>>. Acesso em 02 de maio de 2021.

SAUAIA, A.; & SERRA, M.C. Uma dor além do parto: Violência em foco. Revista .Direitos Humanos e Efetividade, v. 2, n.1, p. 128-147. Brasília: 2016. Disponível em: . Acesso em: 06 de jan.de 2023.

SILVA, F.; SILVA, M.; ARAÚJO, F. Sentimentos causados pela violência obstétrica em mulheres de Município do Nordeste Brasileiro. Rev Pre Infec e Saúde, Campina Grande, 3(4), p. 25-34, 2017. Disponível em: <<https://comunicata.ufpi.br/index.php/nupcis/article/view/6924/0>>. Acesso em: 08 de out. De 2022.

SILVA, R. M. L. O SOFRIMENTO PSÍQUICO DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: uma revisão de literatura. São Luís, 2021. Disponível em:< <http://repositorio.undb.edu.br/bitstream/areas/469/1/RACHEL%20MOREIRA%20LIMA%20E%20SILVA.pdf>> . Acesso em: 08 de abr. De 2022;

STOCO, Ruy. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013

TESSER CD, KNOBEL R, ANDREZZO HFA, DINIZ SD. Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. Rev bras med fam comunidade. 2015;10(35):1-12. Disponível em: <[http://dx.doi.org/10.5712/rbmfc10\(35\)1013](http://dx.doi.org/10.5712/rbmfc10(35)1013)>. Acesso em 02 de maio de 2021.



# Judicialização do direito a saúde e a reserva do possível

Carlos Roberto Jose Filho

*Acadêmico de Direito pelo Centro Universitário São Lucas*

Laís Caroliny Campos Pereira

*Acadêmica de Direito Pelo Centro Universitário São Lucas*

Delner do Carmo Azevedo

*Professor e Orientador pelo Centro Universitário São Lucas*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.146.3

## RESUMO

O objetivo deste estudo é mostrar que o direito à saúde é um direito coletivo essencial para a manutenção da vida e dignidade humana. Teve ascensão após o reconhecimento dos direitos considerados de primeira geração, a conhecida tríade: liberdade, igualdade e fraternidade. Em que pese inicialmente a liberdade fosse irrestrita, a igualdade era formal e a fraternidade tão somente englobava vínculos singulares. O Estado colocou-se numa posição de não interferência em relações de cunho privado, fazendo com que os menos favorecidos ficassem sujeitos aos detentores de mais poder e benefícios advindos de suas posições de mercado privilegiadas, logo, resultando no surgimento dos direitos de segunda geração, e em meio a eles o direito à saúde. Essa mudança, ainda assim, não fora suficiente para assegurar a igualdade entre os indivíduos. Então, com o advento do neoconstitucionalismo foi possível que o Poder Judiciário interferisse em casos complexos. Por conseguinte, instalou-se um impasse jurisprudencial e doutrinário: a tutela estatal deveria priorizar a vida do indivíduo em detrimento do coletivo? Frente a essa e outras divergências, faz-se necessário ponderar os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial a fim de delimitar um ponto de equilíbrio, verificando os limites do exercício do poder jurisdicional.

**Palavras-chave:** saúde. dignidade humana. poder judiciário.

## RESUMEN

El propósito de este trabajo es mostrar que el derecho a la salud es un derecho colectivo esencial para el mantenimiento de la vida y la dignidad humanas. Surgió tras el reconocimiento de los derechos considerados de primera generación, la conocida tríada: libertad, igualdad y fraternidad. Aunque en un principio la libertad era irrestricta, la igualdad era formal y la fraternidad sólo englobaba vínculos singulares. El Estado se colocó en una posición de no injerencia en las relaciones privadas, sometiendo a los menos favorecidos a los detentores de más poder y beneficios derivados de sus posiciones privilegiadas en el mercado, dando lugar así al surgimiento de derechos de segunda generación, y entre ellos la derecho a la salud. Este cambio, aun así, no fue suficiente para asegurar la igualdad entre los individuos. Entonces, con el advenimiento del neoconstitucionalismo, fue posible que el Poder Judicial interfiriera en casos complejos. Por tanto, se instaló un impasse jurisprudencial y doctrinal: ¿debe la tutela estatal priorizar la vida del individuo en detrimento de la colectiva? Frente a esta y otras divergencias, es necesario considerar los principios de reserva de lo posible y mínimo existencial para delimitar un punto de equilibrio, verificando los límites del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

**Palabras clave:** salud. dignidad humana. poder judicial.

## INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um dos direitos fundamentais da vida humana, este localizado na Constituição Federal de 1988, onde o poder público tem o dever de oferecer a cada cidadão um atendimento digno.

A desigualdade social se torna evidente no território brasileiro, principalmente no ramo da saúde pública. O poder público tem utilizado o princípio da reserva do possível, onde seu

contraponto ao mínimo existencial, irá demonstrar um óbice em sua efetivação e os limites do orçamento público.

Pelo fato de haver uma alta procura dentro dos serviços públicos de saúde, ocorre a superlotação, onde este acaba não conseguindo suportar sua grande demanda, sendo assim deixando de proporcionar o tratamento que seria adequado dentro dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS).

Por conta dessa superlotação, e de deixar a desejar os demais atendimentos, muitos precisam fazer valer seus direitos através do Poder Judiciário, que acaba obrigando o Estado a suprir a assistência médica solicitada.

Segundo Leny Pereira da Silva, a Constituição Federal de 1988, foi a primeira a reconhecer o direito à saúde onde:

As Constituições brasileiras do passado não foram totalmente omissas quanto à questão da saúde, já que todas elas apresentavam normas tratando dessa temática, geralmente com o intuito de fixar competências legislativas e administrativas. Entretanto, a Constituição de 1988 foi a primeira a conferir a devida importância à saúde, tratando-a como direito social-fundamental, demonstrando com isso uma estreita sintonia entre o texto constitucional e as principais declarações internacionais de direitos humanos. (SILVA, s.d, p. 15)

A muito tempo se tem discutido sobre os interesses do estado em mediar o cenário no qual encontramos no Brasil, onde será analisada a obrigação do poder público em fornecer todos os meios necessários para se obter sucesso sem que seja preciso o poder judiciário se envolver.

A pesquisa realizada para desenvolver o presente trabalho, será de material bibliográfico, qualitativo e descritivo, onde serão levantados todos os pontos, positivos ou negativos, com a finalidade de identificar o real problema e qual seria a principal solução.

## DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde, é o elemento principal para a cidadania, onde trará acesso gratuito ao atendimento de saúde pública. Trata-se de um direito fundamental. Torna-se importante dizer ainda que a Constituição da República irá prever a responsabilidade do poder público, sobre sua regulamentação.

Segundo os artigos, 196, 197 e 198 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...)

II - Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;"

Ao contrário do que muitos pensam, o Sistema Único de Saúde, não teve sua origem através de um partido político, e sim de uma organização social, onde um determinado grupo de pessoas, juntaram suas forças para oferecer um atendimento de qualidade para a sociedade.

Por mais que se tenha uma grande quantidade de investimento para o SUS, o mesmo a cada dia que passa fica mais sobrecarregados, sendo preciso recorrer a ajuda a rede privada, dentro da própria lei de criação do SUS, em seu artigo 4º, onde cita sobre a possibilidade de uma rede privada ceder seu local e seus médicos através de pagamento com recursos públicos.

Um exemplo recente, foi a utilização das UTI's nas redes privadas por conta do Covid-19, onde teve a sua capacidade totalmente excedida, sendo necessário pagar de forma extra os leitos em redes privadas, pois a quantidade de pacientes ultrapassava o número de leitos.

Grandes são as opiniões de diferentes autores referente a este assunto, de acordo com o autor Júlio Cesar de Sá da Rocha:

O direito à saúde possui natureza jurídica de direito difuso, na medida em que a Constituição Federal de 1988 trata-o como um direito de todos (art. 196, caput), enquadrando-se completamente no conceito normativo do CDC (art. 81, I), como sendo aquele "transindividual de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Os interesses ou direitos difusos – o CDC trata interesse e direito como expressões sinônimas – caracterizam-se por uma pluralidade de titulares indeterminados, bem como pela indivisibilidade do objeto de interesse, que necessariamente aproveita em conjunto, v. g., em virtude da poliomielite (paralisia), o Poder Público realiza campanha de vacinação em defesa do direito à saúde infantil (1999, p. 46).

Logo, a saúde se tornou um dever do estado, pois seus custos têm origem nos tributos cobrados a cada cidadão, independente de sua classe social. O atendimento deste é um direito de todo cidadão que nele precisar de amparo.

Alguns autores trazem sua opinião sobre o SUS, segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – é esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde. (SARLET, 2002, p. 342)

Quando se fala na saúde sendo um direito de todo o cidadão, o dever do estado será de regulamentar, fiscalizar e ter o controle da saúde, onde a prestação de serviço é paga dentro do tributo de cada cidadão. O SUS é o único sistema público de saúde do planeta, onde tem mais de 190 milhões de usuários e mais de sua metade necessita do uso total deste sistema.

Pode-se dizer que o direito à saúde é atribuído em dupla função, onde uma irá atuar como direito de defesa e a outra como um direito positivo, que irá impor o estado a realizar atendimento médico ou o que for solicitado e se trata do dever de cumprir do sistema.

Por mais que exista a doutrina onde é regra o acesso digno, um dos grandes problemas se tratará na hora de executar esse direito, de acordo com Mendes e Branco:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a com-

posição dos orçamentos dos entes da Federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes Federados. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 718).

Infelizmente pode-se notar em nosso dia-a-dia alguns obstáculos, onde acabam gerando o não cumprimento que se tem de regra dentro do SUS, pois como já citado a alta procura é grande, fazendo com que não se tenha recurso o suficiente para seu devido cumprimento eficaz, fazendo com que aquele que o procura e não tem seu direito totalmente atendido, acabe procurando meios legais para resolver seu conflito.

## **Princípio da Integridade Dentro do SUS**

O SUS foi criado com a intenção onde todos teriam direito à saúde, sendo filiado ou não a previdência social, este deverá suprir as necessidades em quesitos relacionados à saúde de toda a população.

Por mais que haja suas dificuldades, é considerado atualmente sendo uma das maiores ações de inclusão social, ele serve até como modelo de sistema para ser implantado em outros países como programa de saúde para todos.

Criado por um grupo de uma organização social, ele tem a intenção de atender de forma digna e de qualidade a toda sociedade. O SUS irá abranger três principais características: o acolhimento, que será o serviço servido com qualidade a toda a população, o cuidado que será o responsável em promover a assistência àquele que procura cuidados, e a humanização que será baseada no tratamento entre o atendente e paciente.

Porém, para diversas classes sociais o olhar para esse sistema não tem funcionado como foi idealizado, pois o desagrado vem de todas as partes, do profissional da área que não se sente valorizado, e da população que tem que passar por horas na fila para se ter um atendimento.

A integridade será uma ferramenta que irá permitir o entendimento do processo que irá visualizar sua amplitude, ela ainda tem pouca visibilidade nas práticas da saúde, porém seus esforços para haver uma mudança dentro do sistema da saúde é constante.

A gestão pública usa como respostas para as críticas feitas ao sistema, que o SUS não tem recursos o suficiente para atender com toda eficiência e qualidade à população, pelo fato de suas demandas serem extremamente altas.

## **Responsabilidade do estado na prestação de serviço**

O SUS como já citado, é o sistema responsável pela saúde de cada vida humana que dele precisar, onde além de fornecer serviço adequado, também será responsável em editar normas que irão regulamentar as ações, fiscalizando e repassando os recursos para as entidades associadas ao SUS.

Dentro do âmbito da saúde existem três áreas principais nas quais o SUS leva sendo como um pacto pela saúde: a) Pacto pela Vida; b) Pacto em Defesa do SUS; e, c) Pacto de Gestão. Esses são compromissos nos quais o SUS se compromete a assumir e garantir a saúde de cada pessoa que a ele recorrer.

Dentro de cada departamento organizacional existe a Comissão Intergestora Regional, onde seu papel será de desenvolver atividades entre os municípios e a secretaria da saúde, para assim haver uma prestação de serviço de qualidade.

Os serviços oferecidos pelo SUS, é dito por lei que deve ser beneficiado a todos, não importando sua classe financeira, que os serviços não podem ser recusados a aquele que o solicitar.

Não se pode negar que o sistema ainda possui várias falhas que precisam urgentemente serem resolvidas, onde esta começará a ser resolvida quando a administração pública adotar sistemas mais rigorosos para a aplicação dos recursos a serem destinados às políticas públicas dentro da área da saúde.

## **Reserva do possível**

A reserva do possível, está regulamentada na Constituição Federal, onde esta tem como atuação quando se tratar de cumprir direitos, onde estes dependem da existência de recursos públicos que estão disponíveis à atuação do Estado.

Quando levado aos tribunais brasileiros, a reserva do possível, será levada em consideração na disponibilidade do recurso disponível no orçamento público no momento, onde será preciso apurar a existência fática, pois a reserva do possível servirá de parâmetro para se cumprir o que se pede no direito.

O Poder Judiciário poderá intervir no Poder Executivo quando se tratar de cumprimento à promoção da saúde, principalmente quando se tratar de tratamentos de alto custo. Sendo assim, em ocasiões em que o estado irá se defrontar com o direito fundamental que possuirá um respaldo mínimo existencial.

O que se levará em consideração nesse quesito é o direito do poder público, usar em sua defesa o princípio da reserva do possível, onde será usado como justificativa para limitar o estado na efetivação dos direitos fundamentais.

Sarlet fala sobre o entendimento da reserva do possível segundo a interpretação do tribunal Alemão, onde:

“(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”. (SARLET 2001, p. 265)

Ao falar da reserva do possível, serão analisados vários quesitos, como por exemplo a existência de médicos especializados, aparelhos inovadores que surgem através de estudos tecnológicos avançados medicinais, e a criação de novos medicamentos que passam por anos em fase experimental, onde tudo isso acaba tendo um gasto de enorme valor, que de certa forma atinge outros polos que também se faz necessário.

Para se ter um entendimento maior sobre alguns estudiosos citam que a reserva do possível, entrar no sentido da reserva do financeiramente possível, pois os seus paradigmas entrarão em um modelo sócio constitucional, ela se tornará necessária quando o estado não possuir recursos necessários para prestar os serviços no qual é devido.

Segundo a Súmula 241 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro **“cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas na Constituição”**, o que se dar a entender através desta, é que, quando o estado não consegue suprir os direitos fundamentais, a reserva do financeiramente possível poderá ser utilizada.

Porém, esse entendimento, não é aceito por todos os estudiosos, segundo Canotilho:

“os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos.” (CANOTILHO 2003, p. 481)

Apesar das diversas interpretações dentro do meio teórico referente aos custos da reserva do possível, Sarlet, usou uma teoria chamada de “dimensão tríplice”, onde:

- a) reserva do possível fática – “disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais”
- b) reserva do possível jurídica – “disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias”
- c) “a perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.” (SARLET 2007, p. 189)

Ao citar sobre a proporcionalidade, o autor Justen Filho cita:

(...) a proporcionalidade se relaciona com a ponderação de valores. Não há homogeneidade absoluta nos valores buscados por um dado Ordenamento Jurídico, pois é inevitável atrito entre eles. Pretender a realização integral e absoluta de um certo valor significa inviabilizar a realização de outros. Não se trata de admitir a realização de valores negativos, mas de reconhecer que os valores positivos contradizem-se entre si. (FILHO, 1998, p. 118)

Ou seja, para que se tenha uma correta aplicação na reserva do possível dentro da saúde, o tratamento de doenças raras que tem um alto custo, será vedado o poder público de se defender perante um conflito judicial. Um exemplo claro desta, é um posicionamento feito pelo Supremo Tribunal Federal:

“(...) Ressalte-se, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. Assim, não é possível vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública a ensejar a adoção de medida excepcional de suspensão de liminar. (...) (SL 319/BA, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, data do julgamento: 28-10-2009, data da publicação no Diário: 05-11-2009, DJe-207)

Apenas será servido de defesa ao poder público, quando a reserva do possível, haver uma pretensão particular e não for proporcional ao que se pede, ou seja, quando o custo que foi exigido ao poder público, houver efetividade do atendimento à saúde e a recuperação do jurisdicionado.

Concluindo, aquele que tiver seu direito prejudicado ou seja, o seu mínimo existencial, este poderá entrar com medidas judiciais, onde o direito fundamental estará garantido, mesmo

com seu princípio da reserva do possível.

## **SAÚDE E O MÍNIMO EXISTENCIAL**

O mínimo existencial será o direito fundamental onde este é conexo a Constituição, pois ele nada mais é do que o direito a uma vida digna. Dentro do direito constitucional brasileiro, esse direito ainda é muito carente de conteúdo específico a ele.

Segundo o artigo 6º da Constituição Federal:

“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”

Se não existir o mínimo necessário para a sobrevivência do ser humano, automaticamente sua liberdade se torna inviável, ela não será apenas um caráter social, pois será indispensável todos os direitos de cada cidadão.

Pode-se dizer que se a atuação do poder judiciário fosse norteadada pelo mínimo existencial, não haveria tantos problemas referentes à saúde pública, pois a garantia do mínimo existencial, é um dever dos direitos humanos.

A Administração Pública tem um grande papel nesse processo do mínimo existencial, onde alguns autores fazem observações relevantes para se ter um melhor entendimento. Segundo Barcellos:

Dito de outro modo, é correto afirmar que, nos termos constitucionais, garantir condições materiais essenciais à dignidade humana (o mínimo existencial) é a prioridade do Estado brasileiro. Essa prioridade constitucional haverá de refletir na forma como são gastos os recursos públicos, que deverão ser canalizados prioritariamente para a prestação dos serviços e/ou a entrega de bens necessários a produzir, no mundo dos fatos, a assertiva referida: garantir condições materiais essenciais à dignidade humana. E, se é assim, a discussão sobre a reserva do possível não deveria ser sequer substancialmente relevante nesse ambiente, já que se está cuidando da prioridade 1; a não ser, é claro, que sequer haja recursos suficientes para atender aquilo que se tenha considerado como mínimo existencial. (BARCELLOS, 2011, p. 288)

Por mais que o direito à saúde sofra algumas restrições onde seja preciso entrar com meios jurídicos, ele jamais poderá deixar de ser cumprido, pois eles irão garantir as condições mínimas que é de direito para se ter a dignidade humana estabelecida, pois este é o mínimo existencial.

## **FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO**

Como decorrido diversas vezes durante o trabalho apresentado, é um direito de todo cidadão um atendimento do serviço público de qualidade, seja qual for a área.

A saúde se trata de um assunto onde tem grande repercussão, como podemos ver todos os dias em noticiários, é sempre um dos assuntos mais falados e criticados no âmbito brasileiro.

Pelo fato de o estado ter como obrigação a garantia de uma saúde digna, acaba puxando para ele a responsabilidade de prestar o serviço de forma adequada, onde o não cumprimento desta, causa prejuízos aos cofres públicos, onde em alguns casos a indenização cabe.

Um dos casos mais recorrentes dentro do judiciário é o erro médico, tanto na forma de tratamento, quanto nos erros de procedimentos. São muitas as críticas da população na demora do atendimento, na forma que o médico age perante a situação, nos horários indevidos que os médicos saem em seu horário de trabalho, para muitas das vezes bater papo, deixando as filas dentro de postos de saúde se acumularem.

Em defesa os profissionais da saúde citam que, pela alta demanda, seria preciso mais profissionais. Hoje em dia é natural ter dois médicos de plantão para 100 pessoas aguardando atendimento.

Para Gabardo e Hachem (2010), para haver eficiência:

Contudo, o exercício eficiente da função administrativa exige mais do que a simples ação do Estado: é necessário que a Administração aja de forma célere, ágil, econômica e produtiva. De nada adianta os agentes e órgãos públicos cumprirem as suas funções se o exercício de tais competências dar-se-á de forma morosa, insatisfatória, perdulária e malsucedida. A atividade administrativa deve cumprir os seguintes deveres: (i) celeridade – cumprimento das atribuições dentro de prazo razoável, ainda que não assinalado pela lei, sem dilações indevidas, sob pena de se perder o objeto do ato ou procedimento administrativo em questão, ou mesmo de acarretar prejuízos aos destinatários da atividade por conta da demora; (ii) presteza – atuação ágil, de forma simples e objetiva, desprendida de formalidades exacerbadas e conducentes ao entrave da atividade administrativa, sem significar, é claro, desrespeito ao trâmite burocrático legalmente previsto como garantia de previsibilidade ao cidadão; (iii) economicidade – utilização otimizada dos meios e recursos que estiverem à disposição da Administração para o atingimento de seus misteres, sem desperdícios com gastos voluptuosos e despiciendos. Não significa necessariamente minimização do gasto, mas sim a sua otimização, com o objetivo de alcançar os maiores benefícios e utilidades com o menor dispêndio possível; (iv) produtividade: atuação voltada à produção de resultados efetivos, correspondentes com as finalidades pré dispostas na lei. Se o ordenamento estabelece um dever de agir voltado ao alcance de determinado objetivo, o cumprimento da obrigação deve produzir o resultado pretendido pela norma.

Não havendo a eficiência e o serviço solicitado, como a omissão de prestação de serviço, o estado terá o dever de indenizar os danos que forem causados a aqueles que necessitar onde irá responder por todos os prejuízos causados.

## JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE

A judicialização da saúde, ocorrerá quando houver a necessidade do requerente buscar juntamente com o poder judiciário o que foi negado a ele perante a área da saúde, onde esta é prevista em lei no Artigo 196 da Constituição Federal.

Ela teve um grande aumento nos anos 2000, onde alguns portadores de HIV, necessitam de entrar judicialmente os medicamentos que tinham alto custo para realizar seu tratamento, onde para não haver mais transmissão da doença o SUS se viu obrigado a ofertar toda a ajuda solicitada.

Segundo Barroso em seu entendimento a judicialização:

A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (...) o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente

construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados) (BARROSO, 2018, p. 235).

A alta demanda dentro de hospitais públicos tem crescido cada dia mais, com isso as insatisfações da cada pessoa que ali espera para ser atendido. O que era para ser como última alternativa, tem se tornado frequente, que é a busca pela resolução no meio jurídico.

Segundo uma pesquisa feita através do Conselho Nacional de Justiça e poder judiciário, entre 2008 e 2017 houve um aumento de 130%, de casos judiciais relacionados à saúde. Grande parte dos pedidos feitos são referentes à assistência de medicamentos que têm um alto custo, e cirurgias de urgências, tanto em unidade privada como pública.

Grande parte dos processos iniciados são referentes a medicamentos que a farmácia do SUS, não disponibiliza, e pelo fato de ter um alto custo, grande parte da população não consegue estar comprando.

Através de pesquisas fora descoberto haver um gasto de quase 2% a mais referente a saúde, a verba que seria destinadas a melhorias, acabam sendo usadas para responder às demandas judiciais que chegam até eles, que acaba gerando uma grande preocupação entre o meio judiciário, pois quanto mais demandas tiverem, mais tempo irá demorar para a resolução destes e outros conflitos.

Com o fato de ser um direito respaldado pela Constituição Federal, o SUS, acaba sendo obrigado a cumprir com todas as demandas, tendo como consequência, ao cumprir essas demandas acaba gerando altos custos, deixando como já citado, de cumprir com outras prioridades que poderiam trazer benefícios à saúde pública.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo do estudo em questão é mostrar as obrigações do estado em trazer um atendimento digno à população, por se tratar de um direito fundamental social.

Pode-se concluir que a responsabilidade do estado, estará presente em todos os temas trabalhados. O direito à saúde se trata de um direito fundamental onde este estará ligado à dignidade da pessoa humana. A saúde é um direito de toda a população que a ela recorrer e será dever do estado cumprir com estas necessidades.

Quando recorrido ao judiciário, foi possível analisar também, que grande parte ocorre através de conflitos que será preciso recorrer de forma imediata, onde acaba causando um congestionamento em outros processos do meio judiciário. Isso ocorre porque, o estado nem sempre consegue oferecer medicações de alto custo, e quaisquer meios de serviço relacionado à saúde no geral.

É fato que a população não irá apenas aceitar um não, cruzar os braços e deixar de lado. Ao reconhecer seu direito e tendo ele negado por meio do estado, a solução mais lógica e rápida é ir atrás dos meios legais.

Logo entra o argumento da reserva do possível, onde esta irá defender a limitação orçamentária do poder público, onde acaba interferindo nos direitos sociais. Segundo o STF, a reserva do possível não poderá ser invocada de forma genérica, onde o estado busca esta forma

para se sobressair e não cumprir o que se pede.

O princípio do mínimo existencial irá compreender as condições mínimas que serão necessárias para a existência de uma vida digna. Sendo assim, por mais que seja considerada a finalidade dos recursos públicos, é totalmente imprescindível que as demandas de saúde atendam ao menos ao mínimo existencial, pois este é amparada por lei.

Para conclusão do presente estudo, é preciso ter ciência que a sociedade não poderá de forma alguma aceitar as falhas das más gestões públicas, pois se trata de um direito que é assegurado por lei e o estado tem o dever de cumprir e manter o mínimo existencial para a dignidade da sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS

DO AMARAL BODRA, Maria Eugênia Ferraz; DALLARI, Sueli Gandolfi. A saúde e a iniciativa privada na Constituição Federal de 1988: princípios jurídicos. *Revista de Direito Sanitário*, v. 20, n. 3, p. 240-260, 2020

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

. BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. In: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 21 46, p. 137 - 160, out./dez. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetro para a atuação judicial. In: *Revista Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, p. 29 -60, jan./mar., 2009

BRASIL. Lei Federal 8.080, 19 de fevereiro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: Acesso em: 24 abr. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "O Estado adjetivado e a teoria da Constituição." *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul* 25.56 (2002).

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do Poder Público. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DE OLIVEIRA, Melissa Barbieri; SERVEGNINI, Angélica Padilha. A inclusão do direito à alimentação no rol do artigo 6º da constituição federal e a questão da eficácia dos direitos sociais. *Revista Faz Ciência*, v. 12, n. 16, p. 179-179, 2010.

Gabardo, Emerson, and Daniel Wunder Hachem. "Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa." *Responsabilidade civil do estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin (2010): 239-292.

FEDERAL, Distrito. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade, v. 53, n. 0, 2009.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. FRANCO, Luiz Fernando Calil de. Direitos Fundamentais: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. “Empresa, ordem econômica e constituição.” Revista de Direito Administrativo 212 (1998): 109-133.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. t. III.

MARQUETTI, Ademir. Participação e redistribuição: o orçamento participativo em Porto Alegre. Projeto democracia participativa. Disponível em: Acesso em: 11 jun. 2010.

MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87-109.

MENDES, Vinícius Schirmann. Eficiência nos processos licitatórios para combater a corrupção. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Caminhos do direito à saúde no Brasil. Brasília: Ed. Ministério da Saúde, 2007.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 323-345.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito, política e ‘loso’a: contribuições para uma teoria discursiva da Constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Direito constitucional democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado. In: Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado. 1999. p. 57-57.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 10, jan. 2002. Disponível em: . Acesso em: 6 maio 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In:

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

SILVA, Leny da Gama *et al.* Economia solidária e política pública de geração de trabalho e renda—uma análise do Programa Bolsa Trabalho do estado do Pará. 2012.

SILVA, Marcelo Kunrath. Cidadania e exclusão: os movimentos sociais urbanos e a experiência de participação na gestão municipal de Porto Alegre. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2002.

VIEIRA, Moisés Lazzaretti. A corrupção no judiciário e o caso dos magistrados aposentados pelo Conselho Nacional de Justiça (2008-2017). 2019.



# **O princípio da insignificância nos crimes ambientais**

## **The principle of insignificance in environmental crimes**

---

Lucas da Costa Oliveira

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.146.4

## RESUMO

Este trabalho consiste em olhar um tema de direito penal aplicado em outra matéria diversa da dela, verificar sua incidência de aplicação em outro fato jurídico, estudar seu impacto no mundo material, analisar se sua aplicação está correta mesmo sendo de um direito dito inviolável. Estudar as mais diversas vertentes do direito penal doutrinário para então verificar qual dela é a mais suficiente para alcançar a solução do problema, dessa forma se pesquisará diversas doutrinas penais, comparar elas e por fim indicar a mais eficiente para o presente problema.

**Palavras-chave:** direito penal. meio ambiente. insignificância. princípio, ambiente.

## ABSTRACT

This work consists of looking at a subject of criminal law applied in another matter different from hers, verifying its incidence of application in another legal fact, studying its impact on the material world, analyzing if its application is correct even though it is a so-called inviolable right. Study the most diverse aspects of doctrinal criminal law to then verify which one is the most sufficient to reach the solution of the problem, in this way, several criminal doctrines will be researched, compare them and finally indicate the most efficient one for the present problem.

**Keywords:** criminal law. environment. insignificance. principle. environment.

## INTRODUÇÃO

O momento atual que se vive a sociedade, vive-se um verdadeiro boom da criminalidade. Desde massacre escolares, há massacres cometido pelas polícias do mundo todo, brigas de vizinhos que viram assassinato de famílias inteiras. Um dos grandes casos chocantes marcantes no Brasil há muito tempo atrás foi o massacre no cinema de São Paulo em 1999 cometido por um estudante de medicina, já outro grande caso foi o massacre de na escola de Suzano também em São Paulo em que um estudante da mesma escola mais um cúmplice mataram pessoas dentro da escola. Mesmo com a política pública de desarmamento promovida pelo governo Lula, ainda assim não impediu o uso de armas alternativas para o cometimento do massacre como balestra, arco e flechas, machados e até mesmo um revólver estava no meio.

Numa concepção abolicionista do direito penal, o Estado criou um problema ainda maior quando o mesmo proibiu o uso das mais variadas armas de fogo na mão do cidadão impedindo este de se defender do agressor pois tirou da mão do cidadão seu meio de defesa, mas isso não impediu o agressor de adquirir outros meios para agredir os bens jurídicos defendidos pelo sistema penal. Quando o constituinte derivado quis acabar com esses tipos de evento e em parte com os assassinatos por brigas, não teve como resultado a diminuição da violência, mas seu aumento.

Para o conceito Abolicionista, o governo criou na sua imaginação existir um cenário de massacre no país tirando do cidadão seu meio de defesa, contudo, o agressor não foi desarmado e ainda tem facilmente acesso a outras armas. Numa concepção garantista, os direitos fun-

damentais das pessoas devem respeitar até mesmo o agressor. Seja ele na fase inquisitória da investigação criminal, até mesmo na fase processual dando e respeitando todas as suas devidas garantias como devido processo legal, contraditório, ampla defesa, todos são inocentes até o trânsito em julgado.

## **As possíveis soluções as crises do sistema penal**

Os doutrinadores do direito penal buscam de várias maneiras trazer teorias que resolvessem a questão da criminalidade, através de teorias acabam sendo em alguns casos uma solução, outras não dando resultado algum. Abaixo estão possíveis teorias que podem resolver a criminalidade das questões ambientais.

### **Abolicionismo**

Segundo Ferrajoli (1989), ele define o Abolicionismo como uma doutrina em que não considera que exista legitimidade do direito penal em imputar fatos criminosos, dessa forma, muitas das penas existentes no código penal são ilegítimas, não carecem de qualquer legitimidade. Não só isso segundo Ferrajoli (1989), os abolicionistas preferem por muitas vezes a não imputação da conduta como solução, diferente da imputação que para eles não alcança seu objetivo.

Segundo Ferrajoli (1989), ele afirma que Abolicionismo é na verdade, um agrupado de doutrinas que não considera legítimo o direito penal, para ele, o que todas essas ideias de abolição ao direito possuem em semelhança é que eles negam a legitimidade do código penal. Na ideia de Max Stiner, um dos vários abolicionistas, segundo Ferrajoli (1989), ele considera a moral como uma verdadeira forma de regulamentação da conduta humana e não simplesmente um livro, um pedaço de papel ditando as condutas. Sendo voltado para o jusnaturalismo e não ao juspositivismo.

Assim, o Abolicionismo é marcado por diversos defensores que busca a despenalização como solução dos muitos diversos problemas sociais atuais.

### **Minimalismo**

Esta já uma corrente mais branda, em que tratando de ainda querer o Estado punindo condutas criminosas. O Estado nessa corrente de acordo com Grecco (2016) só deve se preocupar com os bens jurídicos mais importantes e as condutas criminosas mais graves, estas condutas mesmo quando condenadas diante das políticas públicas criminais tende a não serem aplicadas. Pois existe uma análise racional do quanto essa conduta de fato afetou a bem jurídica e do quanto a conduta é de fato tão grave.

Segundo Grecco (2016), essa teoria é primada pelo princípio da dignidade da pessoa humana em que não precisando de muita explicação, garante as pessoas dignidade em todo seu âmbito social até prisional. Depois parte para a Intervenção Mínima aonde o Estado deve intervir minimamente na vida social das pessoas, só se preocupando com as situações mais graves. Grecco (2016) mais adiante temos a Lesividade em que o dano tem que ser de fato um dano ao bem jurídico, segundo Grecco (2016), a Adequação social que quer dizer que o Estado deve apenar condutas que a sociedade considere mais gravosa, temos então a Insignificância segundo Grecco (2016) dizendo que o dano tem que ser analisado apontado se ele realmente afetou de

tal forma o bem jurídico gerando algum prejuízo a vítima.

De acordo com Grecco (2016) tem-se a Individualização da Pena aonde a pessoa só responde até onde ela deu causa de fato e não simplesmente no resultado dela, ver aonde ela gerou resultado. Para Grecco (2016), a Proporcionalidade já vem com a.

## Garantismo

Nesta seara teórica, surge lá na época do iluminismo. De acordo com Ferrajoli (1989), com o excesso do poder estatal punindo demasiadamente o indivíduo, tirando qualquer dignidade de sua pessoa seja lá por qualquer motivo. Os iluministas da época já combatem esse arbítrio trazendo as leis como a solução, dando as pessoas suas garantias através de normas escritas em que o Estado deve seguir. Na época do iluminismo, a racionalidade, a busca científica, os estudos é o fim do homem. Por meio dos mais variados estudos que foram evoluindo por séculos desde do movimento iluminista, surge o Garantismo. Estando elas escritas em leis, amarrando o Estado a elas.

Seu criador é Luigi Ferrajoli, Ferrajoli (1989), ele defendia as garantias das pessoas, coisas como liberdade, liberdade de estar solto enquanto corre processo contra o mesmo, todos são inocentes até que se prove ao contrário e muitas outras garantias. Do inocente ao verdadeiro réu, todos possuem garantias fundamentais, do início a sua prisão e mesmo na prisão suas garantias continuam em vigor. Por isso acaba por surgir uma vertente do garantismo, o Garantismo Penal. Teoria está em que querendo combater os abusos do Estado no processo, na investigação, na punição, o Estado está plenamente amarrado a essas garantias.

Ferrajoli (1989, p. 75) afirma que são 10 axiomas que norteiam o Garantismo:

Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdiccioniedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Segundo Ferrajoli (1989), ao contrário Garantismo, o Direito Penal Máximo. Este é norteada pela excessividade, exagero, falta de balanceamento e tipificações exageradas de condutas criminosas. Ou seja, para Ferrajoli (1989), o Maximalismo ou Direito Penal Máximo viola e ultrapassa todo o garantismo dado a qualquer pessoa tanto na vida quanto em processo, investigação ou qualquer modelo investigatório contra cidadãos.

Sobre o Direito Penal Máximo ou Maximalismo, Ferrajoli (1989, p. 85) afirma que:

A certeza do direito penal máximo de que nenhum culpado fique impune se baseia, ao contrário, no critério oposto, mas igualmente subjetivo, do in dubio contra reum. Indica uma aspiração autoritária. Mas, em geral, a ideia corrente de que o processo penal deve conseguir golpear todos os culpados é fruto de uma ilusão totalitária. “Um empenho extremo em punir os réus, um excessivo rigor, um apressado castigo”.

Ou seja, no Garantismo de Ferrajoli (1989), haveria o *in dubio pro reo*, que define o investigando que havendo dúvida se ele é ou não culpado, deve ser solto. Mas no Maximalismo a dúvida ainda sim leva a condenação do apenado. Se há contraditório no Garantismo, no Maxi-

malismo não existe o contraditório pois o réu não tem direito a opor a acusação. Dessa forma o apenado estaria submetido ao rigor exagerado do Estado seja sendo investigado tendo suas garantias excluídas como também suas penas seriam desbalanceadas com seus crimes cometidos.

## **Direito Penal Máximo ou Maximalismo**

Segundo Grecco (2009), ele afirma que para os maximalistas, a ideia de direito penal máximo é educar o sujeito criminoso. Numa concepção de que a educação deve vir pelo medo de se praticar o crime através de penas para todas as condutas não sociais, na tese em questão, o medo é a metodologia de educativa para não se causar tal violação ao bem jurídica, mesmo num grau menor ainda sim haveria punição por meio da cadeia.

Para Grecco (2009), ele explica que os maximalistas impunham uma sensação de medo no sujeito, pois saberia o que viria se cometesse tal infração por menor que fosse sua conduta. Em suma, o sujeito viveria num estado de terror em tudo o que faz pois sabe que o menor erro está punível na letra da lei.

A problemática apontada no maximalismo é a enxurrada de leis para todos os mais variados tipos de condutas criminosas, mas sabe-se que é impossível a própria lei tentar imaginar todas as condutas criminosas por aí. Para se criar uma lei, existe uma valoração sobre a conduta em questão, se a própria sociedade não considera amoral, então não há motivo para sua imputação. No minimalismo ao menos, busca-se a supervalorização das condutas que a sociedade considera imputáveis, reprováveis, assim só teríamos condutas que de fato são verdadeiramente preocupantes e outras não tanto.

## **Direito penal do inimigo**

Segundo Jakobs seu criador (2003), o direito penal do inimigo quer dizer ao contrário do direito do cidadão. Isso quer dizer que havendo uma toda garantia no direito do cidadão, no direito penal do inimigo existe um ao contrário completamente oposto. Enquanto existe um devido processo legal, um contraditório, ampla defesa, permanecer em silêncio, o silêncio não constitui presunção de culpa, no direito penal do inimigo isso não existe ou está por muito suprimido.

Na escrita de Jakobs (2003), enquanto no direito penal do cidadão o terrorista, o acusado do crime mais hediondo possível são tratados com alguma humanidade, no seu contrário, o direito penal do inimigo desqualifica, desclassifica o terrorista de humano para algo abaixo de humano. Um bom exemplo é a lei antiterrorismo dos Estados Unidos e a prisão de Guantánamo, esta última que vem sofrendo crítica sobre a maneira lidada com seus presos terroristas.

## **Minimalismo como solução para os crimes ambientais**

Dentro do minimalismo, existe o instituto jurídico da insignificância que já explicado quer dizer o dever do Estado de analisar se o dano de fato causou algum prejuízo, dessa forma, um mera tapa não causa lesão ao físico da vítima, um celular pra quem ganha milhões de reais não é nada para ele. Deve alguns milhares de reais em impostos comparado a quem deve milhões de reais em impostos, taxas e por aí vai tem de fato que haver um olhar mais aguçado sobre a coisa. Só que quando se trata de impostos, a insignificância acaba por muitas vezes causando mais prejuízos a sociedade do que benefícios pois quando o Estado deixa de arrecadar, deixa de fi-

nanciar suas atividades sociais a todos aqueles necessitados e manter a si mesmo. Desta forma, quando avaliamos deixar de arrecadar alguns milhares de reais por pena da pessoa devedora, esta pessoa e outras milhares também deixarão um grande rombo nos cofres públicos de tanto que usarão a tese da insignificância. Aqui está um julgado em insignificância no direito tributário.

RECURSO EM HABEAS CORPUS - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - SONEGAÇÃO FISCAL - ATIPICIDADE - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ICMS. TRIBUTO ESTADUAL. LEIS ESTADUAIS REGULANDO A MATÉRIA. ADOÇÃO DO MESMO PARÂMETRO DEFINIDO PELO STJ NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 1.112.748.

POSSIBILIDADE. JULGAMENTO AFETADO EM RAZÃO DA MATÉRIA À TERCEIRA SEÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO.

1. O trancamento da ação penal é medido excepcional, só admitida quando restar provada, de forma clara e precisa, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade.
2. Segundo entendimento recente desta Corte, ainda que a incidência do **princípio da insignificância** aos crimes **tributários** federais e de descaminho, quando o débito **tributário** verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00, tenha aplicação somente aos tributos de competência da União, à luz das Portarias n. 75/2012 e n. 130/2012 do Ministério da Fazenda, parece-me encontrar amparo legal a tese da defesa quanto à possibilidade de aplicação do mesmo raciocínio ao tributo estadual, especialmente porque no Estado de São Paulo vige a Lei Estadual n. 14.272/2010, que prevê hipótese de inexigibilidade de execução fiscal para débitos que não ultrapassem 600 (seiscentas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs, podendo-se admitir a utilização de tal parâmetro para fins de **insignificância**. Precedentes.
3. Verifica-se constrangimento ilegal a ser sanado, pois o débito **tributário** apontado na denúncia é da monta de R\$ 6.213,60, portanto, abaixo do parâmetro de R\$ 20.000,00, que, embora seja aplicado no âmbito da União, pode, no caso, por simetria, caracterizar a atipicidade material para o débito **tributário** estadual em discussão (ICMS/SP), a incidir o **princípio da insignificância**, o que importa no trancamento da ação penal.
4. Recurso em habeas corpus provido para reconhecer a aplicação do princípio da insignificância e determinar o trancamento da Ação Penal n. 0028909-45.2012.8.26.0224, em trâmite na 4ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP. (RHC 130853, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 20/10/2020 STJ Sexta Turma, Data da Publicação: 26/10/2020)

Veja que o aplicador da lei reconhece até mesmo a insignificância na seara tributária, mesmo o tributo um dos meios essenciais do Estado para financiar suas atividades. Desta forma, a dívida sendo ela ínfima, também é agraciada com a atipicidade. O réu da dívida tributária tem sua dívida reconhecida como não necessária ao Estado, podendo ser meio que perdoada. Contudo, sabemos que o dinheiro não tem cheiro e aquele deve tributos conseguindo renda através de uma atividade ilegal também tem a obrigação legal de pagar impostos sobre essa renda ilegal pois também não seria justo o bom pagador de imposto pagar seus tributos em dia sofrendo o peso da compra em seu bolso, enquanto o violador da lei enriquece livremente sem contribuir da mesma maneira. Uma questão puramente de justiça fiscal, todos sem exceção pagam impostos com o diferencial baseado no objeto e na pessoa.

Debatendo sobre a questão do meio ambiente, ele é reconhecido como aqueles direitos que vão além da pessoa. Ou seja, vou além da individualidade humana e passa da pessoa para um todo coletivo. São direitos que não mais focam no ser único, a preocupação desses direitos que vão além do individuo se preocupa sempre com interesses mais adiante no tempo, estão pensando no futuro distante em pessoas que ainda vão usufruir. O direito ambiental é este um dos direitos que vão além do tempo, este é um instituto jurídico focado para todo mundo. Dessa forma não haveria como em tese, haver um perdão daquele que afeta este bem jurídico. Pois sua

violação não está somente afetando determinado singelo grupo de pessoas, mas uma imensa coletividade de pessoas como a sociedade e também para os que virão usufruir deste mesmo bem jurídico. Quer dizer que este bem não pertence a meras pessoas, ele não pode abdicar deste bem jurídico ou fazer como bem entender. Sonegar este direito não é opção pois estaria afetando toda a coletividade.

Quer dizer também que quando o infrator ataca este bem jurídico, está na verdade atacando um grande organismo social que usufruí seja ele rico ou pobre e pertence a todos aproveitar este bem jurídico do mesmo jeito que ele veio ao mundo. Enquanto a mudança natural for natural não há problema pois é uma mudança comum que a natureza passe pelo processo de evolução, mas quando se trata da modificação do homem sobre o meio natural, aí deve ser avaliado todos os impactos ao ecossistema daquele meio ambiente. No art 225 da constituição federal que é dever do Estado garantir o meio ambiente limpo e saudável, não só dever do Estado como também de toda a coletividade, assim é um dever daqueles usufruidores do meio ambiente o dever de proteger este bem jurídico valioso.

Na lei 9605, ela estabelece os crimes ambientais, seus procedimentos de autuar os infratores e dentre outras diretrizes punitivas. Em seu art 3º é explicitado que mesmo as pessoas jurídicas são penalmente, civilmente e administrativamente responsáveis por danificar o meio ambiente tendo a obrigação assim como as pessoas físicas de reparar o dano. No seu art 4º, ela afirma como as pessoas físicas sendo elas sócias das empresas provocadora de dano ambiental também serão responsabilizadas. Nem aos sócios que se encontrem querendo se evadir da culpa dos atos da empresa deixarão de responder pelos atos das empresas, uma vez que, elas possuem uma responsabilidade subsidiária como patronas delas. E dos outros artigos adiante, ela vai se preocupar em agravar, atenuar as penas dos agressores do meio ambiente conforme as regras do direito penal. Mas sendo um dos bens jurídicos mais importantes e preciosos, ele não fica de fora na hora de incidir o princípio da insignificância.

Da mesma forma que o Estado só se deve preocupar com as condutas que de fato violam o bem jurídico que só a prisão é capaz de trazer alguma reparação, nos crimes ambientais, tem-se aplicado a mesma questão. Diante das questões culturais regionais das pessoas e pelo fato de muitas pessoas tirarem seu ganha pão usando o meio ambiente em certo grau, tem se reconhecido que a prática de explorar áreas de reserva ambiental para tirar o sustento como ínfima ao meio ambiente não causando verdadeiro dano a coletividade. Diante do fato do Estado não conseguir com o sistema penal, fazer as pessoas obedecerem a ela mesmo que seja para um bem comum, os juízes tem se preocupado de fato com todo o dano causador de algum prejuízo grave ao meio ambiente. Assim, o judiciário fica livre da sobre carga de processos onde muito deles se resumem em pescadores tirando pequena quantia de peixes para alimentar a família ou sua comunidade. Não havendo uma grande exploração econômica do recurso natural protegido. Eis alguns dos muitos julgados de diversas cortes na aplicação da insignificância nos crimes ambientais.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. VENDER, EXPORTAR A VENDA, EXPORTAR OU ADQUIRIR, GUARDAR, TER EM CATIVEIRO OU DEPÓSITO, UTILIZAR OU TRANSPORTAR OVOS, LARVAS OU ESPÉCIMES DA FAUNA SILVESTRE, NATIVA OU EM ROTA MIGRATÓRIA, BEM COMO PRODUTOS E OBJETOS DELA ORIUNDOS, PROVENIENTES DE CRIADOUROS NÃO AUTORIZADOS OU SEM A DEVIDA PERMISSÃO, LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE. ATIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, causa excludente de tipicidade.

de material, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em observância aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, demanda o exame do preenchimento de certos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para o seu reconhecimento, traduzidos no reduzido valor do bem tutelado e na favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e de suas consequências jurídicas e sociais. 2. Esta Corte admite a aplicação do referido postulado aos crimes ambientais, desde que a lesão seja irrelevante, a ponto de não afetar de maneira expressiva o equilíbrio ecológico, hipótese caracterizada na espécie. 3. Na hipótese, em que o agravante foi flagrado mantendo em cativeiro 4 pássaros da fauna silvestre, das espécimes tico-tico, papa-banana e coleiro, estão presentes os vetores de conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade do agente, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva, os quais autorizam a aplicação do pleiteado princípio da insignificância, haja vista o vasto lastro probatório constituído nas instâncias ordinárias. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ - AGRG NO HC 519696, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data do Julgamento: 21/11/2019 Quinta Turma STJ, Data da Publicação: 28/11/2019)

#### Outras jurisprudências:

HABEAS CORPUS. CRIME DE PESCA PROIBIDA. UTILIZAÇÃO DE PETRECHOS PROIBIDOS (ART. 34, P. ÚNICO, INCISO II, DA LEI N. 9.605/1998). NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA. ÍNFIMA LESÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA, MAS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Apesar de constar na denúncia que o paciente utilizou petrechos não permitidos para a pesca, conforme o art. 12, § 2.º, inciso I, da Lei Estadual n.º 15.166 de 2019, na verdade a referida norma é um Decreto estadual, erro material que, todavia, não teve aptidão para prejudicar o exercício da ampla defesa do paciente, consoante se verifica do próprio teor do writ.

2. O crime previsto no art. 34, parágrafo único, II, da Lei.

9.605/1998, é norma penal em branco heterogênea, ou seja, carece de complementação de fonte legislativa diversa da que a produziu para estabelecer quais as quantidades de peixes que podem ser pescadas e quais os petrechos permitidos e não permitidos.

3. Independentemente da tese de saber se uma norma de direito penal em branco pode (ou não) ser integrada por norma de direito estadual (norma penal em branco heterogênea), ponto em que a sentença (impossibilidade) e o acórdão (possibilidade) se põem em posições opostas, o caso é de trancamento da ação penal pela atipicidade material da conduta.

4. O paciente foi preso em flagrante, absolvido pela sentença e condenado pelo acórdão, por estar utilizando somente 12 anzóis de galho, mas nenhum peixe foi pescado ou apreendido em seu poder, tampouco outros petrechos foram encontrados, conforme auto de apreensão constante dos autos, o que configura ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado, a atrair a incidência do princípio da insignificância.

5. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos delitos ambientais quando demonstrada a ínfima ofensividade ao bem ambiental tutelado (AgRg no Resp n. 1.558.312/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 22/02/2016).

6. Ordem de habeas corpus denegada. Concessão de habeas corpus de ofício, para determinar o trancamento da ação penal movida em desfavor do paciente, em razão da atipicidade material da conduta (arts. 386, III, 648, I e 654, § 2º - CPP). (HC nº 688248 / MS, Relator: Ministro Olindo Menezes, Data de Julgamento: 08/03/2022 Sexta Turma STJ, Data da Publicação: 11/03/2022).

Aqui na jurisprudência acima, mostra mais uma vez como o judiciário vem confirmando a aplicação do princípio da insignificância analisando então se o dano é de fato maléfico ao bem jurídico agredido. Nem toda agressão é uma agressão lesiva o suficiente para ensejar a movimentação da máquina pública para punir o sujeito, se busca mais uma vez se gastar recursos público em lesões graves para se investir em tal persecução penal. Essa análise dos juristas em questão leva em conta o fato do mesmo preso se quer ter pescado algo, e também mesmo que tivesse petrechos de pescas, nada disso causou qualquer dano suficiente para o meio ambiente. Logo os juristas da questão não tiveram qualquer dúvida de que o caso era também atípico, assim o dano não era o suficiente para que eles colocassem a máquina pública em ação por algo tão ínfimo. Trazendo um recurso valioso a operações de crimes ambientais mais efetivos e precisos.

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. PESCA MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DE APARELHOS, PETRECHOS, TÉCNICAS E MÉTODOS NÃO PERMITIDOS (ART. 34, PAR. ÚNICO, II DA LEI 9.605/98). PESCA DE, APROXIMADAMENTE, 2 QUILOGRAMAS DE PEIXES. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PEQUENA

QUANTIDADE DE PESCADO APREENDIDA. SUPOSTO CRIME QUE CONSISTIU NA UTILIZAÇÃO DE UMA REDE SUPERIOR EM APENAS 50 CENTÍMETROS AO LIMITE ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. PARÉCER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA TRANÇAR A AÇÃO PENAL MOVIDA CONTRA OS PACIENTES, POR SUPOSTA INFRAÇÃO AO ART. 34, PAR. ÚNICO, II DA LEI 9.605/98. (HC 112840 / SP, Relator: Napoleão Nunes, Data de Julgamento: 23/03/2010 Quinta Turma STJ, Data da Publicação: 03/05/2010

Nesta última jurisprudência, também se confirma a tese do dano mais gravoso como motivo real para a movimentação da máquina pública para ensejar suas ferramentas para então levar o agressor perante a justiça. Se atendendo os requisitos, não há motivos para o sistema penal se mover para por este sujeito perante a justiça. Afinal o que se busca de fato com o direito penal, é não só se preocupar com bem jurídicos mais importantes, como também na mesma medida se preocupar com os danos mais ameaçadores ao bem jurídico do ofendido. Nem todo crime é ilícito, pois o que o direito penal vai sempre medir é o impacto do dano causado ao sujeito. Uma tapinha na cara de alguém está mais para uma provocação do que uma agressão, um tampão no rosto de alguém com o intuito de fato de se fazer ferir o rosto de alguém não é mera provocação, mas um intuito claro de querer se produzir dano ao bem jurídico, que no caso é a integridade corpórea da vítima. Mas também considerando que por exemplo é um lutador profissional levando golpes de um amador, o dano por muitas vezes não será efetivo suficiente para causar dano a integridade física do sujeito. Sendo então diferente se o mesmo amador agora utiliza facas ou socadoras para ampliar a lesão ao bem jurídico do sujeito, e se tratando de um direito meta individual que é o meio ambiente.

É até difícil de fato medir a extensão de dano quando de pesca em poucas quantidades mesmo em época defeso de pesca por exemplo, afinal teria que se fazer uma análise completa e profunda daquele ato lesivo para então aplicar uma pena proporcional ao dano ao meio ambiente. Pois o marco primordial ao se aplicar o princípio é o fato de que deve haver também proporcionalidade, quer dizer que o se o dano deve ser de fato lesivo, sua punição deve ser proporcional a este dano lesivo ao meio ambiente. O que se mostra na jurisprudência, é o fato de se ver realmente essa análise entre o dano de fato lesivo, e avaliação da desnecessidade de por o réu condenado por isso. Se o dano não é lesivo o suficiente para tal, então não há motivo para ter todo um processo em cima disso. Com tantos casos graves de crimes ambientais ocorrendo em todo Brasil, é mais eficiente para a própria justiça se preocupar com o mais gravoso do que o dano ínfimo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O minimalismo se apresentando como uma solução aos atuais problemas estatais em resolver os mais diversos crimes, tende ser um recurso aplicado com determinado critério pois apesar do desejo de não haver a presença do Estado no conflito, ainda sim por muitas vezes que haver certa cautela nessa ideia uma vez que pode levar a sensação de impunidade pois aquele tendo seu bem jurídico afetado, verá o criminoso saindo impune sem compreender as

razões da soltura do criminoso. Fora a ideia de que se pode praticar crimes e não haver punição. No Brasil mais ainda quando se vê poderosos saindo da cadeia diante dos recursos advocatícios que trabalham usando as mais diversas teses para conseguir a soltura deles, a sensação de impunidade do pobre é mais ainda. Pois este também sabe de não possuir os mesmos meios advocatícios para atacar decisões com a tese do princípio da insignificância. No que tange então aos crimes ambientais, o minimalismo se mostra como as mais eficientes das teorias pois enquanto uma penaliza demais, a outra deixa de penalizar. O Estado na persecução final contra os criminosos do meio ambiente, tem seu foco nos danos mais graves e tem de considerar as práticas culturais e de sobrevivência como atípicas, mesmo que ele mesmo tenha determinado algumas condutas como crime.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça Habeas Corpus N°564208. Impetrante: Thadeu Gopfert Weselowski E Outro. Impetrada: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Relator: Ministra Laurita Vaz. Data: Acórdão 21/09/2017 Data Da Publicação: Dje 02/10/2017

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça Habeas Corpus N°112840. Agravante: Ministério Público Federal. Impetrada: Agravado: Lázaro Donizete Marciano Ministro Sebastião Reis Júnior. Data: Acórdão 03/08/2021 Data Da Publicação: Dje 18/08/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. Apelação Criminal nº 0022432-42.2014.815.2002. Apelante: Francisco Gonçalves de Alencar e outros. Apelada: Ministério Público. Relator: Des. Carlos Martins Beltrão Filho. RECIFE, 14 de setembro de 2017. LEX: Jurisprudência do Tribunal de Justiça.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Habeas Corpus 519696° do Tribunal De Justiça Do Estado de Santa Catarina. Impetrante: Defensoria Pública Do Estado De Santa Catarina. Paciente: Jonatha Da Conceicao Fernandes. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De Santa Catarina. Nome do Relator: Relator Min. Presidente Do Stj. Data: Acórdão 04/07/2019 Data: Decisão 10/08/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 130853 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrent: Emerson Fernandes da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Relator Min. Nefi Cordeiro. São Paulo 18/12/2020.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 6ed. Roma: Laterza, 2000. 766 p.

JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 81 p.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão Minimalista do Direito Penal. 4ed. Niterói, RJ: Livraria Impetus, 2009. 169 p.



# Banalidade do mal: reflexões sobre obediência e responsabilidade em Hannah Arendt

---

Brenda Franciele Corrêa da Silva

*Brenda Franciele Corrêa da Silva, Advogada (OAB/RS 118.136), graduada em Direito (UniRitter)*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.146.5

## RESUMO

A banalidade do mal foi um conceito criado pela filósofa Hannah Arendt para descrever a irreflexão encontrada em Otto Adolf Eichmann diante de sua obediência cega às ordens superiores. Este trabalho tem como objetivo questionar atos de obediência cega, o que faremos através da análise de duas teorias clássicas do Direito, bem como, do estudo de Hannah Arendt sobre obediência, responsabilidade e pensamento.

**Palavras-chave:** banalidade do mal. obediência. responsabilidade. pensamento.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende fazer uma leitura dos fenômenos da obediência e da responsabilidade encontradas no campo do Direito e da moral. Utilizaremos como ponto de partida duas teorias clássicas do Direito que, influenciadas pela corrente juspositivista, buscam entender a natureza de normas jurídicas e morais, e sua relação com a obediência. A análise teórica apontará para limites e questionamentos de ordem moral e jurídica, o que será respondido através das análises de Hannah Arendt diante do julgamento de Otto Adolf Eichmann.

Eichmann, para Arendt, representa um novo tipo de criminoso — indivíduo assustadoramente comum, dono de um discurso repleto de clichês e incapaz de pensar de forma reflexiva — a cujo caráter ela emprega o conceito de banalidade do mal. Eichmann defende sua honra por meio da justificativa de obediência às ordens superiores, como também se abstém de qualquer responsabilidade sobrevinda de seus atos de comando. Esta linha argumentativa também é encontrada nos demais líderes militares condenados pelos crimes do Terceiro Reich. O fenômeno da banalidade do mal influencia ainda na criação de um experimento acadêmico, idealizado e reproduzido por Stanley Milgram, e chamado por ele de Teoria da Obediência. Este experimento busca compreender a obediência à autoridade e seus motivos.

Arendt, após a análise de Eichmann como indivíduo no banco dos réus, se atém a responsabilidade e o julgamento de seus atos, a fim de resolver o problema do mal. A filósofa então abordará a problemática por meio da responsabilidade individual e da crítica à obediência cega.

## DIREITO E MORAL

Como ponto de partida para uma análise da obediência cega a normas socialmente e legalmente impostas, ainda que manifestamente amorais ou imorais, abordaremos neste capítulo duas teorias clássicas sobre a relação entre Direito e Moral elaboradas respectivamente por JELLINEK e KELSEN. Ambos foram influenciados pelo juspositivismo, corrente da filosofia do Direito que busca dar validade soberana à toda<sup>1</sup> normas jurídica positivada pelo Estado. Desta forma, analisaremos, por meio destas duas versões do juspositivismo, uma base teórica da validade dada às normas jurídicas, dos aspectos que as diferem (seja Direito, seja moral) e que determinam sua obediência.

<sup>1</sup> “Do latim *jus*: direito; *positus*: colocar, por botar; *tivus*: que designa uma relação ativa ou passiva.” STRECK, Lênio. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. pg. 167.

## A Teoria do Mínimo Ético

Ora, pode-se dizer que o campo da moral aborda tanto o estudo de princípios éticos, quanto de valores e condutas que norteiam o comportamento de indivíduos em uma sociedade. Não obstante, se analisarmos a moral a partir da teoria do mínimo ético, desenvolvida pelo filósofo inglês Jeremy Bentham e mais tarde aprimorada, e aplicada ao mundo jurídico, pelo jurista alemão Georg Jellinek, necessariamente seremos direcionados às normas jurídicas, isto é, ao Direito. Essa teoria sustenta que a relação<sup>2</sup> entre Direito e Moral pode ser representada da seguinte forma:

Como exposto na figura acima, a teoria é representada por dois círculos concêntricos, sendo o externo a moral, e o interno delimitado como Direito (ou normas jurídicas). Nesta lógica, para Jellinek, o Direito é recoberto pela moral, ou seja, “tudo” o que é Direito é também moral, entretanto, nem tudo o que é moral é, necessariamente, Direito. Desta forma, conclui-se que todas as normas jurídicas são morais. Nas palavras de Reale:

A “teoria do mínimo ético” consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, diz os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social.<sup>3</sup>

No que tange à obediência, para Jellinek as normas jurídicas atuam por meio da capacidade de “convicção dos seus destinatários, que são obrigados a conformar suas condutas ao comando normativo” — o que significa dizer que os receptores das normas jurídicas e morais as obedecerão em função de uma convicção subjetiva e individual sobre o certo e o errado, o que é, segundo o autor, intrínseco ao ser humano.<sup>4</sup>

De todo modo, partindo deste ponto de vista teórico, seria possível afirmar que toda norma jurídica, definitivamente, é moral. No entanto, Reale contesta esta afirmação ao revelar situações jurídicas corriqueiras, que se encontram totalmente desvinculadas do campo moral. O autor cita, primeiramente, o exemplo de uma possível mudança nas regras de trânsito, alterando pela preferência à mão esquerda, e não mais à direita. Na sequência, toma como exemplo prazos, tanto para contestação (delimitado no Código de Processo Civil Brasileiro, no qual o réu dispõe de quinze dias para realizá-la), quanto<sup>5</sup> para anulação de contratos eivados de erro, dolo ou coação (quatro anos, conforme assegura o Código Civil Brasileiro). Em ambos os exemplos, por se tratarem de questões<sup>6</sup> puramente técnicas, ainda que alteradas, jamais afetariam o campo da moral.

Pois bem, partindo dessa exemplificação, percebe-se as insuficiências conceituais da teoria dos círculos concêntricos, pois, facilmente, nos deparamos com normas jurídicas totalmente

<sup>2</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pg. 44.

<sup>3</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 44. <sup>6</sup> BROCHADO, Mariá. *O Direito como mínimo ético e como maximum ético*. *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 52, p. 237-260, jan./jun. 2008. p. 7. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/70/66>

<sup>4</sup> “La positividad del Derecho descansa, pues, en ultima instancia en la convicción de su obligatoriedad; sobre este elemento puramente subjetivo, se edifica todo el orden jurídico. Ésta es la consecuencia necesaria del reconocimiento de la comunidad humana [...]” JELLINEK, George Apud BROCHADO, Mariá. *O Direito como mínimo ético e como maximum ético*. *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 52, p. 237-260, jan./jun. 2008. p. 243. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/70/66>

<sup>5</sup> Artigo 335 do CPC: “O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias [...]”

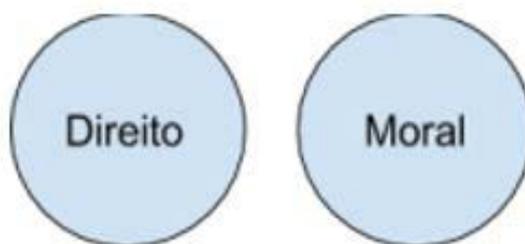
<sup>6</sup> Art. 178 do CC: “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico[...]”

desprendidas de um conceito moral — o que não altera em nada sua validade no ordenamento jurídico. No mesmo sentido, Reale cita o exemplo de sociedade comercial composta por dois sócios, na qual um trabalha incansavelmente, enquanto o outro presta mísera contribuição. Ora, o contrato social da empresa assegura a mesma compensação de lucros a ambos, independente do esmero de uma parte e do desleixo de outra. O autor afirma que, muito embora nosso senso de justiça pulse, motivado pelo “desejo incoercível de que o Direito tutele só o “lícito moral”” ocorre que “por mais<sup>7</sup> cabíveis (que sejam nossas queixas), sempre permanece um resíduo de imoral tutelado pelo Direito.”<sup>8</sup>

De fato, o exemplo da divisão igualitária no contrato social se trata de um ato juridicamente assegurado. Contudo, inevitavelmente, analisando-o pelo campo da moral, parece-nos injusto. O fato é que o Direito tutela muita coisa que não é moral, motivo<sup>9</sup> pelo qual deve-se “distinguir um campo de Direito que, se não é imoral, é pelo menos amoral.”<sup>10</sup>

## A Teoria dos Círculos Independentes

Em contrapartida, o jusfilósofo alemão Hans Kelsen afirma ser a norma jurídica o único elemento essencial ao Direito. Ou seja, o Direito não necessita de fundamentos religiosos ou mesmo morais para estabelecer sua validade — tanto do ponto de vista científico e filosófico, quanto de uma perspectiva social e política. Em sua Teoria dos círculos independentes, Kelsen sustenta a existência de dois campos distintos e independentes, não mais um envolto por outro, desvinculando assim o Direito da Moral.



Fonte: Elaboração pela autora

Para abordar a natureza da imposição moral, Kelsen faz uma comparação com normas religiosas (como os Dez mandamentos e os mandamentos de Jesus, ambas fruto do cristianismo) para afirmar a ideia de que normas jurídicas e morais devem ser obedecidas pela mera presunção de obediência, e não por conta da imposição de determinada autoridade, neste caso, uma divindade — tal qual Jellinek, está em jogo uma convicção subjetiva de que é necessário o cumprimento de normas jurídicas e morais. Kelsen afirma, em sua Teoria Pura do Direito, que a moral corresponde a “fatores<sup>11</sup> internos enquanto o Direito a fatores externos”, motivo pelo qual a moral é incoercível<sup>12</sup> e o Direito coercível.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 45

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 45

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 45

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 6ª ed., 1999. p. 68

<sup>12</sup> A diferenciação de Direito e moral citada por Kelsen, no tocante às expressões “fatores externos e internos”, foi inspirada nos estudos do jurista Alemão Thomasius, o qual afirma que “o Direito [...] só deve cuidar da ação humana depois de exteriorizada; a Moral, ao contrário, diz respeito àquilo que se processa no plano da consciência. [...] O Direito, por conseguinte, rege as ações exteriores do homem, ao passo que as ações íntimas pertencem ao domínio especial da Moral”. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.52

<sup>13</sup> “O Direito é, pois, coercível. A rigor, logicamente, coercível, por haver possibilidade ou compatibilidade de execução forçada, e não juridicamente coercível, como expressa Del Vecchio, dando como assente a juridicidade que se pretende caracterizar.”

Ou seja, segundo o autor, enquanto o Direito trata unicamente de normas jurídicas, a Moral trata de atos praticados consoante princípios éticos. Assim, ainda que existam determinadas normas morais no mundo jurídico, Direito e Moral atuam separada e independentemente. O autor ainda ressalta ser o Direito quem estabelece a própria fórmula de sua criação, e que normas de cunho moral e religioso, por não registrarem sucessão de fatos e efeitos, não se subordinam ao princípio da causalidade, mas ao de imputabilidade. Em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen questiona a interferência da<sup>14</sup> moral e da religião na ciência jurídica a fim de elevar o Direito como norma pura e única a ser seguida no campo jurídico. Contudo, para SGARBI, caberá à teoria pura do direito apenas fornecer as diretrizes das normas produzidas por ordens jurídicas; e não dizer ao ser humano como pautar seu destino.

c) Problemático, contudo, é que o objeto da ciência jurídica, como estrutura de dever, não se diferencia, em essência, das estruturas de dever da moral e da religião. Por conta disso, KELSEN estabelece três pontos de delimitação das normas jurídicas: elas são instrumentos de 'motivação indireta', respaldadas na 'força monopolizada pelo Estado', e pertencentes ao 'mundo da cultura', ao 'mundo da vontade e contingência humanas'; [...] i) Não cabe à teoria pura do direito dizer o que é o justo. **A justiça ou a injustiça das normas cabe ser avaliada pelos destinatários, pelos juízes, e pelos atores partícipes das mobilizações políticas. Cumpre à teoria pura do direito apenas fornecer instrumental para a descrição das normas produzidas nas ordens jurídicas. A teoria pura 'não prescreve', ela não diz, ao homem, 'como ele deve pautar o seu destino'; [...]** (grifo nosso)

Partindo deste enredo, questionamos: as normas jurídicas do ponto de vista juspositivista são imaculadas moralmente a ponto de não incorrerem em erro? Havendo erros, existiria a necessidade de desobediência? Essas questões serão respondidas à luz das análises de Hannah Arendt diante do julgamento de Otto Adolf Eichmann em Jerusalém, um burocrata nazista, responsável pelo transporte de milhares e milhares de judeus para campos de concentração e de extermínio.

## BANALIDADE DO MAL: A INCAPACIDADE DE PENSAR

Hannah Arendt, filósofa, de origem judia, em sua obra *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal* (EJ), traz à tona um olhar peculiar e filosófico<sup>15</sup> referente ao "mal". A autora, como enviada da revista *The New Yorker*, acompanhou<sup>16 17</sup> o julgamento de Otto Adolf Eichmann, responsável por gerir a logística das deportações de judeus para os campos de concentração e extermínio durante o regime nazista de Hitler. Em 1961 Eichmann foi levado a julgamento em Jerusalém, e, finalmente<sup>18</sup>, condenado à pena de morte por cometer crime contra o povo judeu, crime contra a humanidade e crimes de guerra durante todo o período do regime nazista, e principalmente nos anos finais da Segunda Guerra Mundial.

Em sua defesa, Eichmann afirmou não ter cometido crime algum, que estava cumprindo

---

CARVALHO, José Maurício de. *Miguel Reale: Ética e Filosofia do Direito*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 148.

14 NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 1991. p. 189. 18 SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2005)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 27-28

15 ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

16 Arendt, em carta endereçada à Samuel Grafton, aborda os motivos os quais a levaram a participar do julgamento de Eichmann. *Dentre eles, Arendt refere-se à natureza do mal e mais especificamente a seu perpetrador. "Tenho refletido há muitos anos, mais especificamente trinta anos, sobre a natureza do mal. E o desejo de me expor, não aos feitos os quais, no final de contas, eram do conhecimento de todos, mas ao próprio perpetrador do mal, foi provavelmente a minha mais convincente motivação por trás da decisão de ir a Jerusalém."* ASSY, Bethania. *Ética, responsabilidade e juízo em Hannah Arendt. Texto e tradução de Bethania Assy*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p.2.

17 *Ibidem*, p.1.

18 ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ordens, e com louvor, merecendo, portanto, elogios diante de seu esmero. Eichmann, notoriamente, sentia orgulho da obediência às ordens a ele delimitadas, o que se percebeu devido ao fato de repetir por reiteradas vezes a frase “minha honra é minha lealdade”. Ocorre que, muito embora os atos de Eichmann tenham sido julgados<sup>19</sup> monstruosos e sanguinários, a análise de Arendt vem de encontro ao julgamento social da época. Arendt concluiu que ele não se enquadrava no padrão de figura monstruosa e/ou maligna construída pela promotoria israelense — ele não passava de um homem comum e medíocre, agindo em estrita obediência às ordens e a lei vigente.

Embora as atrocidades por ele conduzidas tivessem sido de uma crueldade inimaginável, ‘o executante era ordinário, comum, nem demoníaco, nem monstruoso’. Eichmann revelou-se, durante todo o processo, até os dias que antecederam sua morte por enforcamento, como uma pessoa incapaz de exercer a atividade de pensar e elaborar um juízo crítico e reflexivo.<sup>20</sup>

Arendt descreve e analisa a “assustadora normalidade” do indiciado — e faz questão de demonstrar o quanto Eichmann era uma pessoa totalmente comum no que tange a nossas instituições e padrões morais de julgamento —, normalidade essa também citada pela autora ao referir-se aos condenados no Tribunal de Nuremberg. O caso é<sup>21</sup> que, diante do fenômeno nazista, todos seriam condenados por cometerem seus crimes em circunstâncias que tornam praticamente impossível saber ou sentir que estavam agindo de forma errada, conforme explica: <sup>22</sup>

O problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terríveis e assustadoramente normais. Do ponto de vista de nossas instituições e de nossos padrões morais de julgamento, essa normalidade era muito mais apavorante do que todas as atrocidades juntas, pois implicava que — como foi dito insistentemente em Nuremberg pelos acusados e seus advogados — esse era um tipo novo de criminoso, efetivamente *hostis generis humani*, que comete seus crimes em circunstâncias que tornam praticamente impossível para ele saber ou sentir que está agindo de modo errado.<sup>23</sup>

Acontece que, para Arendt, Eichmann “não era particularmente estúpido, nem moralmente insano, nem criminosamente motivado, nem ideologicamente antissemita, nem em qualquer sentido psicologicamente anormal”. Para a pensadora “o que tornava<sup>24</sup> Eichmann uma aberração era o fato de ele nunca haver experimentado as exigências do pensamento diante dos acontecimentos.” Tratava-se de uma “curiosa e totalmente<sup>25</sup> autêntica incapacidade de pensar” provinda de um ser incapaz de realizar um juízo<sup>26</sup> críticos e reflexivo. Esta era a banalidade de Eichmann, a banalidade do mal.<sup>27</sup>

Segundo a autora, a distinção de Eichmann para com o ser maligno criado pelo senso

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>20</sup> SIQUEIRA, José Eduardo de. “Irreflexão e a banalidade do mal no pensamento de Hannah Arendt”. *Revista – Centro Universitário São Camilo* – 2011.

<sup>21</sup> O Tribunal de Nuremberg foi um tribunal de exceção, criado após a Segunda Guerra Mundial na cidade de Nuremberg, Alemanha, para julgar membros da liderança política, militar e econômica do Terceiro Reich.

<sup>22</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p.166.

<sup>23</sup> SIQUEIRA, José Eduardo de. “Irreflexão e a banalidade do mal no pensamento de Hannah Arendt”. *Revista – Centro Universitário São Camilo* – 2011. p. 166.

<sup>24</sup> KOHN, Jerome. *O mal e a pluralidade: o caminho de Hannah Arendt em direção à Vida do espírito*. In: AGUIAR, Odílio Alves et al. (Org.). *Origens do totalitarismo: 50 anos depois*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. p. 9.

<sup>25</sup> ANDRADE, Marcelo. *A banalidade do mal e as possibilidades da educação moral: contribuições arendtianas*. *Revista Brasileira de Educação* v. 15 n° 43, jan./abr. 2010.

<sup>26</sup> ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Edição Jerome Kohn, revisão técnica Bethania Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 226

<sup>27</sup> “Há alguns anos, em relato sobre o julgamento de Eichmann em Jerusalém, mencionei a banalidade do mal. Não quis, com a expressão, referir-me a teoria ou doutrina de qualquer espécie, mas antes a algo bastante factual, o fenômeno dos atos maus, cometidos em proporções gigantescas – atos cuja raiz não iremos encontrar em uma especial maldade, patologia ou convicção ideológica do agente; sua personalidade destacava-se unicamente por uma extraordinária superficialidade.” ARENDT, Hannah. *A dignidade da política: ensaios e conferências*. Trad. Antonio Abranches. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p. 175.

comum, seria sua extraordinária superficialidade — o que, para Arendt, “soava<sup>28</sup> atípica e surpreendente, implicava na incapacidade de um pensar crítico independente”.<sup>29</sup> Aqui importante salientar quão criteriosa foi a filósofa ao opor-se à ideia de mera “maldade” ou mesmo “estupidez” como meios para realização de atos desumanos, o que fez a partir da crítica à Kant, que afirmou ser a estupidez causada por um coração malvado.<sup>30</sup>

Muito embora venhamos a compreender não se tratar de um coração malvado, de monstruosidade ou mesmo estupidez os motivos causadores dos horrores do Terceiro Reich, inegavelmente recairemos na questão moral. Segundo Arendt, o regime nazista estilhou a construção social de moralidade conhecida até o século XX, promovendo uma “inversão de valores”. Nas palavras de TIZZO, “o regime de governo nazista inverteu a ordem e os valores morais em sua sociedade e ofereceu como matéria prima homens como Eichmann [...] e sua figura pequena era a banalidade do mal em pessoa em pleno século XX.” GUTERMAN também argumenta em favor dessa posição ao<sup>31</sup> analisar o fenômeno de obediente cego:

Nessa inversão, o padrão sobre o certo e o errado é alterado substancialmente de modo a permitir, no limite, a eliminação física dos inimigos de um projeto histórico, como ocorreu no nazismo. Assim, pessoas comuns, sem particular apego à violência, aderem à lógica, lastreada em certezas científicas e em necessidades burocráticas, segundo a qual a destruição do contraditório é necessária ante o projeto de “melhorar” a sociedade.<sup>32</sup>

A inversão de valores pintou um cenário no qual a sociedade alemã não apenas era condicionada a renegar sua consciência individual — pois pensavam todos segundo os ideais do Führer, e não por si mesmos —, como também os tornava isentos de culpa e responsabilidade diante dos massacres do holocausto. Como afirma VOEGELIN, não havia mais distinção de certo do errado, tampouco do legal ou criminal:

Se alguém na posição de Hitler dá ordens para matar —, instruções para um crime sem nenhuma base legal e pelo qual ele próprio é um criminoso no sentido do Direito Penal — estas ordens serão simplesmente cumpridas porque a condição moral da população é tão baixa que as pessoas não podem distinguir entre legalidade, criminalidade e não criminalidade.<sup>33</sup>

Esta falta de distinção entre legal e criminoso, no quesito obediência e lealdade, claramente se dava diante de um código moral deturpado, que tornava o líder único detentor da “verdade”.

No código moral nazista, a lealdade e a obediência, no cumprimento do dever, estavam acima de sentimentos como solidariedade e compaixão. A moral deixava de ser a consciência individual sobre o certo e o errado e passava a emanar de um ente externo ao

28 ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Edição Jerome Kohn, revisão técnica Bethania Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 226

29 ASSY, Bethania. *Ética, responsabilidade e juízo em Hannah Arendt*. Texto e tradução de Bethania Assy. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 4.

30 “Ele observou certa vez que “a estupidez é causada por um coração malvado”, uma declaração que nessa forma não é verdadeira. A incapacidade de pensar não é estupidez; pode ser encontrada em pessoas altamente inteligentes, e a maldade dificilmente é sua causa, nem que seja porque a ausência da capacidade de pensar, bem como a estupidez, são fenômenos muito mais frequentes que a maldade. O problema é precisamente que nenhum coração malvado, um fenômeno relativamente raro, é necessário para causar um grande mal. Por isso, em termos kantianos, precisaríamos da filosofia, o exercício da razão como a faculdade do pensamento, para impedir o mal.” ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Edição Jerome Kohn, revisão técnica Bethania Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 231-232.

31 TIZZO, Fabiano Miranda do Nascimento. *Hannah Arendt: Política e responsabilidade no julgamento de Eichmann*. São Paulo: Tese (mestrado) PUC, 2015. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/12894/1/Fabiano%20Miranda%20do%20Nascimento%20Tizzo.pdf>

32 GUTERMAN, Marcos. *A Moral nazista - Uma análise do processo que transformou crime em virtude na Alemanha de Hitler*. São Paulo: Tese (doutorado) USP, 2013. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-11042014-121333/publico/2013\\_MarcosGuterman.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-11042014-121333/publico/2013_MarcosGuterman.pdf)

33 VOEGELIN, Eric. *Hitler e os alemães*. São Paulo: Realizações Editora, 2009, pg. 301.

sujeito: a autoridade messiânica, detentora da “verdade”. Quando Hitler assumiu a responsabilidade total pelo que estava acontecendo, e reiterou isso diversas vezes, sendo que ele próprio dizia agir não de acordo com seu livre arbítrio, mas em obediência à autoridade máxima, a Natureza, ele isentou todos os demais de qualquer peso na consciência - e, portanto, aptos a cometer toda sorte de barbaridades. [...] era justamente um mundo estável, do ponto de vista da consciência - sem pensamento e, portanto, sem História.<sup>34</sup>

Neste lastro, é importante ressaltar os reflexos do julgamento de Eichmann na criação da Teoria da Obediência, que surge três meses após o seu sentenciamento, com o objetivo de responder, dentre outros questionamentos, se “estariam Eichmann e milhões de seus cúmplices apenas seguindo ordens”. A teoria foi idealizada por Stanley Milgram, psicólogo e professor na Universidade de Yale. Constituiu-se como um experimento científico, no qual cidadãos denominados “comuns” eram convidados a participar de uma experiência puramente acadêmica. Após assinarem um contrato se comprometendo a concluírem o experimento, eram postos em uma sala fechada e recebiam o cargo de “professores” com o único fim de realizar perguntas a um suposto “aluno”, que se encontrava em outra sala, estando ambos separados por um vidro. Caso o aluno respondesse incorretamente deveria o professor infligir-lhe um choque como punição. A cada resposta errada a carga elétrica aumentava, partindo de 15 volts e chegando ao máximo de 450 volts. Tudo se dava enquanto o aluno gemia e implorava pelo fim da tortura. Ocorre que tudo não passava de encenação — o aluno era um ator, e o aparelho de choque falso, fato que o “cidadão comum”, até que findasse o experimento, desconhecia. O resultado foi o seguinte: 65% dos participantes continuaram o experimento até o mais alto nível de choque, e todos os participantes continuaram até pelo menos 300 volts.

Milgram concluiu que a essência da obediência ocorre quando um indivíduo passa a se ver como mero instrumento que executa os desejos de outrem, e que, portanto, deixa de se considerar responsável por suas ações. Uma das consequências da relação autoridade *versus* subordinação dá-se quando o obediente se sente responsável perante à autoridade que o dirige, porém, não recolhe para si qualquer responsabilidade pelo resultado das ordens prescritas pelo superior. Acontece que a moralidade não desaparece, mas adquire um enfoque radicalmente diferente: o obediente subordinado sentirá vergonha ou orgulho, baseado no quão adequadamente executou as ordens solicitadas pela autoridade.<sup>35</sup>

Ora, percebemos uma conclusão não muito diferente da narrada por Arendt no tocante à Eichmann, indivíduo subordinado e comum, porém, orgulhoso de suas ações, que em momento algum se responsabilizou pelos próprios atos, sob o viés de notável inversão de valores perpetrada pelo regime nazista. Contudo, afinal, seria Eichmann responsável por seus atos? E seria a obediência uma justificativa plausível para tanto? A fim de sanar estes questionamentos, Arendt segue na direção da responsabilidade e do julgamento.

## RESPONSABILIDADE, OBEDIÊNCIA E PENSAMENTO

Tanto a criteriosa descrição de Eichmann — e conseqüentemente de todo um perfil social, reproduzido por milhares de indivíduos coordenados por um regime totalitário —, quanto a teoria da obediência de Milgram (1963), mostram aspectos importantes do fenômeno da obedi-

<sup>34</sup> GUTERMAN, Marcos. *A moral nazista: uma análise do processo que transforma crime em virtude na Alemanha de Hitler*. São Paulo: Tese (doutorado) USP, 2013. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-11042014-121333/publico/2013\\_MarcosGuterman.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-11042014-121333/publico/2013_MarcosGuterman.pdf)

<sup>35</sup> MILGRAM, Stanley. *Behavioral Study of Obedience*, *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 67, 371-378. 1963. Tradução do Consulado dos Estados Unidos no Rio de Janeiro – Revista Diálogo.

ência em situações extremas. A fim de resolver o problema, Arendt se concentra nas análises da responsabilidade e do julgamento daqueles que negaram todo e qualquer encargo sobrevivendo do Terceiro Reich. Inicialmente, ela o faz diante da análise da teoria dos dentes da engrenagem, ponto de vista da ciência política utilizado pelos advogados de defesa no Tribunal de Nuremberg, bem como pelo próprio Eichmann, a fim de exonerar-se das acusações.

Quando descrevemos um sistema político [...] é inevitável falarmos de todas as pessoas usadas pelo sistema em termos de dentes da engrenagem e rodas que mantêm a administração em andamento. Cada dente da engrenagem, isto é, cada pessoa, deve ser descartável sem mudar o sistema, uma pressuposição subjacente a todas as burocracias, a todo o serviço público e a todas as funções propriamente ditas.<sup>36</sup>

Os indivíduos ora denominados meros dentes da engrenagem — que em conjunto movem um grande sistema totalitário — não se tratavam, necessariamente, de pessoas diferenciadas, fosse por integrar o alto escalão ou mesmo por serem dotados de alto grau de inteligência. A posição poderia ser delimitada a qualquer um, pois, na verdade “todos os demais que tinham alguma coisa a ver com os assuntos públicos, das posições mais altas às mais baixas, eram de fato dentes da engrenagem, soubessem disso ou não”. O<sup>37</sup> padrão estabelecido para eles deveria ser de uniformidade, de forma que, na falta de um membro, outrem pudesse ocupar seu lugar sem que houvesse qualquer alteração no sistema. Por este motivo, durante os julgamentos em Nuremberg, os réus se escusaram de culpa ao afirmar: “se eu não tivesse feito isso, outra pessoa poderia ter feito e faria”.<sup>38</sup>

Contudo, Arendt relata que, após assistir ao julgamento de Eichmann, percebeu que a teoria dos dentes da engrenagem não fazia o menor sentido no cenário moral e político.<sup>39</sup>

Partindo dessa teoria, Arendt traz à luz dois argumentos utilizados pelos réus nazistas e seus advogados de defesa, o que ela aborda nos termos de uma discussão sobre a responsabilidade individual. No primeiro argumento, os crimes seriam fruto de “atos de Estado” (ou razão de Estado), enquanto no segundo seriam crimes cometidos por “obediência a ordens superiores”. No que se refere aos atos de Estado, Arendt os define<sup>40</sup> como “presumivelmente atos soberanos, sobre os quais nenhum tribunal tem jurisdição”.<sup>41</sup> Logo, seriam comparados à legítima defesa<sup>42</sup>, autorizando indivíduos a cometerem crimes em causas extraordinárias, diante de suposta ameaça à existência do Estado. Portanto, os atos de Estado não se encontravam restritos “por limitações legais ou morais, válidas para cidadãos privados que vivem dentro de suas fronteiras, porque o Estado inteiro, e assim a existência de tudo que nele ocorre, está em questão.” No entanto,<sup>43</sup> acentua Arendt, inegavelmente, não havia, neste caso, um ato de Estado sequer que não fosse um ato criminoso, como cita:

[...] o que nem a teoria política da razão de Estado, nem o conceito legal de atos de Estado previram foi a inversão completa da legalidade; no caso do regime de Hitler, toda a

<sup>36</sup> ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Edição Jerome Kohn, revisão técnica Bethania Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 91

<sup>37</sup> *Ibidem*. p. 92.

<sup>38</sup> *Ibidem*. p. 92.

<sup>39</sup> “Quando fui a Jerusalém para assistir ao julgamento de Eichmann, senti que a grande vantagem do procedimento do tribunal era que toda essa história de dente da engrenagem não faz sentido no seu cenário, forçando-nos a olhar para todas essas questões de um ponto de vista diferente.” ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Edição Jerome Kohn, revisão técnica Bethania Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 92.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>42</sup> Conforme prevê o artigo 25 do Código Penal Brasileiro: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

<sup>43</sup> ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Edição Jerome Kohn, revisão técnica Bethania Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 101.

maquinaria do Estado impôs o que são normalmente consideradas atividades criminosas, para usar uma linguagem amena; quase não havia nenhum ato de Estado que, segundo padrões normais não fosse criminoso.<sup>44</sup>

Além disso, segundo Arendt, não havia ameaça alguma — ao Estado ou a quem quer que fosse —, e os atos em questão se opunham a comandos normais de guerra — os quais, geralmente, têm por objetivo o contra-ataque ao povo inimigo, seja por razões militares ou utilitárias. O fato é que o programa de matança não tinha nenhuma relação com a guerra “exceto que Hitler acreditava precisar de uma guerra como uma cortina de fumaça para as suas operações de matança não miliares”. Desta forma, sem qualquer<sup>45</sup> razão plausível para tanto, os atos de comando do terror recaíram sobre “pessoas inocentes que nem sequer são potencialmente perigosas, e por nenhuma razão imposta pela necessidade, mas, ao contrário, mesmo contra todas as considerações militares e utilitárias.” Estava em jogo a categoria do inimigo objetivo: termo utilizado por Arendt<sup>46</sup> para caracterizar um grupo de pessoas “temporariamente postos como alvo da ideologia totalitária. Esses indivíduos não serão inimigos por conta dos atos que eventualmente cometam, mas pela sua própria existência enquanto pessoas que são”.<sup>47</sup>

Prosseguindo para o argumento de obediência às “ordens superiores”, para Arendt geralmente “a pressuposição é que as ordens não são normalmente criminosas e que, por essa mesma razão, é possível esperar que aquele que recebe ordens reconheça a natureza criminosa” de determinado comando. Logo, no que tange ao ordenamento jurídico, para<sup>48</sup> que haja desobediência às ordens/normas estas devem ser “manifestamente ilegais”.<sup>49</sup> Para Roth e Vasques “a ordem ilegal é aquela que apresenta vício em qualquer um de seus elementos (competência, finalidade, forma, motivo, objeto) e na ordem manifestamente ilegal este vício é [...] facilmente detectável por qualquer pessoa”.<sup>50</sup>

Como vimos no segundo capítulo, o regime nazista promoveu uma inversão de valores, causando, nas palavras de Arendt, o total colapso moral da “sociedade respeitável” — em que as normas e os padrões morais podiam ser mudados da noite para o dia, motivo pelo qual tudo que lhes restava era o mero hábito de se manter fiel a alguma coisa. Ocorre que, para a pensadora, os comandos obviamente ilegais e imorais 55 deveriam balançar feito uma bandeira preta, semelhante a um aviso de “Proibido”.<sup>56</sup> Contudo, muito embora houvesse a opção de desobedecer a um ato legal, cita a autora, tal atitude seria recebida como exceção diante da inversão de valores nazista, ou seja, uma abdicação do indivíduo de cometer atos claramente criminosos. Desta feita, o entendimento dos juízes da Corte Israelense no caso Eichmann foi de que os atos pressupostos “legais” encontravam-se envoltos de uma “ilegalidade gritante aos olhos, e repulsiva ao coração, desde que os olhos não sejam cegos, nem o coração empedernido e corrupto.” Por outro lado, Arendt entende esta afirmação por insuficiente, ao passo que<sup>51</sup>

44 *Ibidem*, p. 100 - 101.

45 ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Edição Jerome Kohn, revisão técnica Bethania Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 105. 50 *Ibidem*, p. 105.

46 *Ibidem*, p. 105.

47 TEIXEIRA, Lucas Carvalho Lima. *A ambivalência do mal na obra de Hannah Arendt: quando a banalidade implica o radical*. *Diaphonía*, e-ISSN 2446-7413, v. 3, n. 1, 2017. p. 132.

48 ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Edição Jerome Kohn, revisão técnica Bethania Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 102.

49 Conceito jurídico do Direito Administrativo com reflexos no Direito Penal, que representa ordens notoriamente ilegais/criminosas. Segundo o artigo 22 do Código Penal Brasileiro, afirma-se não ser punível o ato praticado em estrita obediência hierárquica, exceto quando a ordem for manifestamente ilegal.

50 ROTH, Ronaldo João e Iremar Aparecido da Silva Vasques. *A ordem ilegal deve ser cumprida? A obediência hierárquica do servidor civil e do militar*. *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME*. Ano XIX, nº 124, maio/junho de 2017. p. 29. Disponível em: <http://ejurr.tjrr.jus.br/arqpdf/artigos/20170719174715.pdf>

51 *Ibidem*, p. 103.

[...] nesses casos, os homens que agiram mal estavam muito bem familiarizados com a letra e o espírito da lei do país em que viviam, e hoje, quando são considerados responsáveis, o que realmente exigimos deles é um “sentimento de legalidade” profundo dentro de si próprio, para contradizer a lei do país e o conhecimento que dela possuem. Nessas circunstâncias, talvez seja preciso muito mais do que olhos não cegos e um coração não empedernido ou corrupto para identificar a “ilegalidade”. Eles agiam em condições em que todo ato moral era ilegal e todo ato legal era criminoso.<sup>52</sup>

Percebemos que, diante de um regime como o de Hitler, o que até então se entende por moral ou legal se desconstrói. Assim sendo, a fim de rebater os argumentos justificando a obediência e a (falta de) responsabilidade, Arendt passa a refletir sobre a natureza do pensamento, e faz dois questionamentos:

[...] primeiro, de que maneira diferem aqueles poucos que em todas as esferas da vida não colaboraram e recusaram-se a participar na vida pública, embora não pudessem se rebelar e de fato não se rebelaram? E segundo, se concordamos que aqueles que serviram ao regime em qualquer nível e com qualquer competência não eram simplesmente monstros, o que os levou a se comportarem como se comportaram? Em quais bases morais, distintas das legais, eles justificaram a sua conduta depois da derrota do regime e o colapso da “nova ordem”, com seu novo conjunto de valores?”

A resposta ao primeiro questionamento, explica, seriam os desobedientes e rebeldes “os únicos que ousaram julgar por si próprios”, não por serem pessoas<sup>53</sup> melhores, ou mesmo por fazerem uso de um conjunto de valores de excelência se comparados aos valores deturpados dos demais — pois, tendo em vista os padrões de excelência da época, o bom cidadão seria aquele cuja vida honraria os padrões legais e morais ditados pelo regime. O que Arendt entende como critério utilizado por eles não combinava em nada com um estado intrínseco de valores morais. Na verdade, eles se auto questionaram até que ponto seriam capazes de conviver consigo mesmos, motivo pelo qual “recusavam-se a assassinar, não tanto porque ainda se mantinham fiéis ao comando “Não matarás” mas porque eles não estavam dispostos a conviver com assassinos — eles próprios.” Pois, independentemente dos fatos ou das consequências<sup>54</sup> que sobrevenham, para Arendt, “estaremos condenados a viver conosco mesmos.”<sup>55</sup>

Assim, percebe-se que, um discurso legalista como o bradado de forma reiterada por Eichmann, ou mesmo uma narrativa juspositivista que engrandeça todo e qualquer ordenamento advindo do Estado, são colocados em xeque mediante a desconstrução legal e moral operada pelo regime de Hitler e narrada por Arendt.

Por fim, em resposta ao segundo questionamento, nos vemos diante da argumentação da obediência, haja vista que “desde os julgamentos de Nuremberg ao julgamento de Eichmann [...] tem sido sempre a mesma: toda organização exige obediência aos superiores, bem como obediência às leis do país.” A despeito das<sup>56</sup> tentativas, tanto de Eichmann como de todos os demais condenados em Nuremberg, de justificarem-se por meio do argumento da obediência, Arendt trata o assunto como uma falácia, que “reside em igualar o consentimento à obediência.” Uma criança obedece,<sup>57</sup> enquanto um adulto consente. Logo, se um adulto obedece, ele necessariamente apoia — a quem quer que seja.

Aqueles que parecem obedecer-lhe realmente o apoiam, a ele e ao seu empreendimento:

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>53</sup> ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Edição Jerome Kohn, revisão técnica Bethania Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 106

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 108

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 109.

sem essa “obediência”, ele nada poderia fazer, ao passo que na creche ou em condições de escravidão — as duas esferas em que a noção de obediência fazia sentido e das quais foi então transportada para as questões políticas — é a criança ou o escravo que fica sem ação, caso se recuse a “cooperar”. [...] Se obedeço às leis do país, eu realmente apoio a sua constituição.”<sup>58</sup>

Vimos, portanto, que Arendt, diante do fenômeno da banalidade do mal e da consciência de Eichmann, precisou pensar na questão da responsabilidade individual. Da mesma forma, após o julgamento de Eichmann, o fenômeno do mal levou a pensadora a desenvolver uma nova reflexão no que tange a capacidade de pensar e suas implicações morais, preocupando-se então em “demonstrar como a incapacidade de pensar está<sup>59</sup> relacionada com o ambiente privilegiado para o fracasso moral”. E esta nova linha de<sup>60</sup> pensamento arendtiano tem como ponto de partida o seguinte questionamento: “Pode o problema do bem e do mal, nossa faculdade de distinguir o certo do errado, estar conectado com nossa faculdade de pensar?”<sup>61</sup>

Em sua última obra, *A vida do espírito*, publicada postumamente, Arendt passa a refletir o quanto o “não-pensar evita o julgar e bloqueia a capacidade que todos temos de dizer “isso está certo” ou “isso está errado””. Segundo ela, todos os seres humanos<sup>62</sup> possuem a faculdade do pensamento, todavia nem todos possuem a habilidade de usufruir da mesma, o que a autora chama de *thoughtlessness*, termo utilizado para indicar a “irreflexão” do sujeito. Neste raciocínio, para Arendt, no âmbito da moral “poderíamos falar em uma capacidade para “fazer” ou “não fazer” o mal, mas quando nos remetemos ao pensamento já está pressuposta a capacidade que possibilita sua existência.” Desta<sup>63</sup> forma, Arendt constata que “se há algo no pensamento que possa impedir os homens de fazer o mal, esse algo seria, provavelmente, alguma propriedade inerente à própria atividade, independente de seus objetos”.<sup>64</sup>

Ocorre que, segundo Arendt, o pensamento difere do conhecimento. Para a<sup>65</sup> pensadora “o conhecimento conhece seu fim, o pensamento não. O conhecimento manipula, experimenta, demonstra, prova e para. O pensamento vai além, continua no significado, sempre novo e impre-

58 ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Edição Jerome Kohn, revisão técnica Bethania Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 110.

59 “Entre Origens do totalitarismo (Arendt, 1989, [1951]) e Eichmann em Jerusalém (Arendt, 1999, [1963]), há uma mudança conceitual fundamental no seu pensamento, o que ela mesma denominou cura posterior. Antes, a experiência do totalitarismo, desconhecida até então na história, levou Arendt a acreditar que existiria um mal ainda não considerado pela humanidade, esse mal seria radical. Entretanto, com a cobertura do caso Eichmann para o *New Yorker*, realizada em 1961, Arendt percebeu que, por trás da figura pretensamente perversa do nazista, havia um homem aparentemente normal, mas que não tinha habilidade para pensar. Os reflexos teóricos desta mudança aparecem principalmente em *A vida do espírito*, obra publicada postumamente, onde iria tratar especificamente da atividade do pensar, querer e julgar.” FERRAZ, Adilson Silva. *Cura posterior: banalidade do mal e a ética do pensar em Hannah Arendt*. *Filosofia Unisinos* 10(1):5-14, jan/abr 2009. p. 7.

60 SOUZA, Marcelo Gustavo de. *Educar para o pensamento: uma reflexão a partir de Hannah Arendt*. *PERSPECTIVA*. Florianópolis, v.17, n. 31, p. 83 -97, jul./dez. 1999. p. 86.

61 ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1992. p. 6.

62 YOUNG-BRUEHL, E. Apud FERRAZ, Adilson Silva. *Cura posterior: banalidade do mal e a ética do pensar em Hannah Arendt*. *Filosofia Unisinos* 10(1):5-14, jan/abr 2009. p. 10.

63 FERRAZ, Adilson Silva. *Cura posterior: banalidade do mal e a ética do pensar em Hannah Arendt*. *Filosofia Unisinos* 10(1):5-14, jan/abr 2009. p. 11.

64 ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1992, p. 135.

65 Arendt apresenta uma crítica à distinção elaborada por Kant sobre a faculdade de pensar, a razão (*Vernunft*) e a faculdade do conhecer, o intelecto (*Verstand*). “Segundo Kant, a atividade da razão - o pensamento - deseja compreender, entender o significado das coisas, enquanto que a atividade do intelecto - o conhecimento - busca apreender as percepções que são dadas aos sentidos. O conhecimento busca apreender a verdade que é apresentada através da evidência do mundo. O pensamento não busca a verdade, ele trabalha com os significados. O pensamento não se interessa pelo que seja uma coisa, se ela existe ou não, mas se dedica ao significado de alguma coisa ser tal qual ela é. [...] Para Kant, criticar é estabelecer limites. Segundo a autora, o trabalho de Kant foi estabelecer os limites do conhecimento, traçar o território da verdade, para encontrar o espaço do pensamento e do significado. Foi um exercício de saber até onde o conhecimento pode ir, para saber o que não é conhecimento. Na tradição filosófica, o pensamento é visto como gerador de critérios para compreender e determinar outros estatutos: a vontade e o Juízo, por exemplo. Para Hannah Arendt, esta visão compromete o pensamento em sua autonomia, pois a principal característica do pensamento é estar desinteressado da verdade e capacitado para o significado” SOUZA, Marcelo Gustavo de. *Educar para o pensamento: uma reflexão a partir de Hannah Arendt*. *PERSPECTIVA*. Florianópolis, v.17, n. 31, p. 83 -97, jul./dez. 1999. p. 88.

visível” , tal qual a teia de Penélope. Ou seja, o<sup>66 67</sup> pensamento necessariamente leva à análise, ao questionamento e conseqüentemente a um julgamento — ele possui a “capacidade que torna o ser humano capaz de iniciar algo novo e julgar as ações, de modo que, quando refletidas, não qualificam o mal como algo natural” , tampouco como mal moral . Por este motivo, SOUZA entende<sup>68 69</sup> que o fracasso moral de homens como Eichmann não pode ser entendido como falta de conhecimento:

O fracasso moral de Eichmann, [...] não pode ser entendido como falta de conhecimentos. Sabemos que o problema não é esse. Há em alguns, inclusive, um alto grau de conhecimentos (científicos, morais e legais). O mal não se entende com os critérios do conhecimento e da verdade. A banalidade do mal está intrinsecamente relacionada com a incapacidade de pensar e significar (dar sentido a) o mundo. É urgente educar para o pensamento.<sup>70</sup>

Logo, entende-se que, para Arendt, “se Eichmann estivesse mais atento, pensando e dialogando [...] ele não seria tão injusto, impiedoso, ignorante e covarde. Ele teria, pela simples atividade de pensar [...] mais habilidade com a faculdade do juízo.” E esta é,<sup>71</sup> portanto, a chave encontrada por Arendt para o desfecho da banalidade de Eichmann: todo e qualquer ser humano é detentor da faculdade de pensamento, o que acontece é que o sujeito opta por fazer uso dela ou não. Logo, pensar ou não pensar é, de fato, uma escolha. Desta forma, a recusa de pensar percebida em Eichmann desconstrói a imagem de um ser dantesco (pois, como exposto no capítulo anterior, Eichmann não era estúpido, tampouco monstruoso) e traz à luz o detentor de uma vida vazia e sem sentido, diante da ausência de pensamento. Com efeito:

O pensamento, em seu sentido não-cognitivo e não-especializado, como uma necessidade natural da vida humana, [...] não é uma prerrogativa de poucos, mas uma faculdade sempre presente em todo mundo; do mesmo modo, a inabilidade de pensar não é uma imperfeição daqueles muitos a quem falta inteligência, mas uma possibilidade sempre presente para todos - incluindo aí os cientistas, os eruditos e outros especialistas em tarefas de espírito. Todos podemos vir a nos esquivar daquela interação conosco mesmos [...]. Uma vida sem pensamento [...] [no entanto] não é apenas sem sentido; ela não é totalmente viva. Homens que não pensam são como sonâmbulos.<sup>72</sup>

Desta feita, no que se refere à obediência, visto tanto sob um viés juspositivista de supremacia das normas, como das análises realizadas por Arendt e Milgram, percebemos sua inconsistência como justificativa moral. A verdade é que a obediência é fruto do consentimento, e não da alienação — seja diante de um regime corrupto, seja de um experimento acadêmico —, ela sempre será uma escolha. Portanto, entende-se que, diante de normas manifestamente ilegais, ou mesmo imorais, é inevitável ao ser humano discernir entre o “fazer” ou “não fazer” por meio de sua faculdade do pensar; o que, conseqüentemente, refletirá no campo da responsabilidade. Neste lastro, para Arendt, nem mesmo a banalidade do mal encontrada em Eichmann o isenta da responsabilidade. Em contrapartida, Dahia critica a percepção de Milgram no que se refere à responsabilidade ao sugerir que a responsabilidade moral muda de foco. Para ela, Milgram tende

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>67</sup> Arendt conceitua o pensamento tal qual o mito da teia de Penélope, que tecia durante o dia e desfazia durante a noite. Utiliza esta metáfora para esclarecer que o pensamento não produz resultados, e sempre se renova.

<sup>68</sup> ALVES, Marcos Alexandre; et. al. *A formação humana e a incapacidade de pensar: considerações sobre o problema do mal em Hannah Arendt. UFKLÄRUNG*, João Pessoa, v.4, n.2, Mai.Ago., 2017, p.67-78. p. 76.

<sup>69</sup> “O mal natural resulta de processos naturais (terremotos, inundações, etc), enquanto o mal moral se dá por meio das ações de criaturas livres (estupro, homicídio, roubo, etc)”. ADEYEMI, Adebola Hakeem. *Três abordagens do problema do mal na filosofia contemporânea. Monografia (Graduação em Filosofia), Universidade de Brasília - UnB, Instituto de Humanas, Departamento de Filosofia, Brasília, 2011. p. 14*

<sup>70</sup> SOUZA, Marcelo Gustavo de. *Educar para o pensamento: uma reflexão a partir de Hannah Arendt. PERSPECTIVA*. Florianópolis, v.17, n. 31, p. 83 -97, jul./dez. 1999. p. 89.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>72</sup> ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1992, p. 143.

a minimizar a responsabilidade dos indivíduos quando afirma tratarem-se de meros dentes da engrenagem, motivo pelo qual não lhes caberia responsabilidade sobre as próprias decisões.

[...] este argumento é insuficiente para ser dado como justificação moral, considerando-se que a decisão de integrar ou permanecer na engrenagem é produto, em última instância, de uma escolha, tendo em vista que há um claro reconhecimento dos sujeitos em relação à impropriedade de suas ações. Como enfatiza Arendt, ser tentado não é, em nenhuma medida, a mesma coisa que ser forçado.<sup>73</sup>

Seja nos tempos Eichmann, seja nos tempos modernos, o fato é que as circunstâncias se repetem. E a falácia da obediência cega segue sendo palco para as mais diversas discussões. Contudo, o que jamais devemos esquecer — ainda que intentem furtivamente para tanto — é a constante busca em educar para o pensamento. A busca por um pensar livre, capaz de julgar e dialogar consigo mesmo, ainda que sob o liame de um regime ditatorial e arbitrário. Abrir as janelas para o vento do pensamento, que não se manifesta por meio do conhecimento, mas tem, nas palavras de Arendt, a capacidade de distinguir o bem do mal, o belo do feio. E, por fim, fazer uso do “exercício da razão<sup>74</sup> como a faculdade do pensamento para impedir o mal.”<sup>75</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisarmos as normas jurídicas e morais sob a ótica da obediência cega, percebemos que estas não apenas podem incorrer em erro como podem apontar, necessariamente, para uma “desobediência”. O fato é que a supremacia das normas jurídicas e morais, enaltecida por juristas juspositivistas, faz-se frágil quando confrontada por um regime déspota e totalitário como o de Hitler — onde há notória desconstrução de tudo que, até o momento, entendia-se por valor moral a ser seguido. E muito embora a experiência do regime nazista demonstre-nos “que é a sociedade, e não um punhado de delinquentes desequilibrados, que torna a conduta imoral possível”, por outra banda, 82 coloca na mesa o quanto um padrão extremo da obediência pode ser capaz de desfragmentar uma sociedade por completo.

Neste lastro, Eichmann traduz a concepção mais absurda de normalidade existente em uma sociedade desfragmentada, ao passo que, diferentemente do monstro sanguinário ora descrito pela Corte Israelense, ele não passava de um homem comum (como qualquer outro dentro de seu círculo social). Contudo, a banalidade do mal encontrada em Eichmann traz à tona um lado da moeda até então inexplorado: o da responsabilidade atrelada ao pensamento.

Vimos que Arendt, na contramão da teoria da obediência de Milgram, bem como da teoria dos dentes da engrenagem, deixa muito claro sua oposição para o papel do obediente como mero instrumento, e tampouco da abdicação de sua responsabilidade diante de seus atos de comando. Pois, segundo Arendt, é a faculdade do pensamento, e nada mais, que fornece ao indivíduo o poder da escolha, do “fazer” ou “não fazer” — faculdade essa, segundo Arendt, encontrada em todo e qualquer ser humano, sem exceção —, e, portanto, não há como fugirmos de nós mesmos. Desta feita, através dos padrões citados por Arendt no que tange a faculdade do pensar, compreendemos que normas jurídicas visivelmente estapafúrdias, ainda que envolva nos

padrões morais da época e sociedade, jamais fugirão da responsabilidade, do julgamento e, in-

73 DAHIA, Sandra Leal de Melo. *Da obediência ao consentimento: reflexões sobre o experimento de Milgram à luz das instituições modernas*. Soc. estado., vol.30, no.1, Brasília, Jan./Apr. 2015. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922015000100225](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922015000100225)

74 ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Edição Jerome Kohn, revisão técnica Bethania Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 189.

75 *Ibidem*, p. 232.

dispensavelmente, do pensamento crítico e reflexivo oferecido gratuitamente a cada um de nós.

Contudo, muito embora hoje analisemos Eichmann e o fenômeno da banalidade do mal através da crítica à sua irreflexão e (falta de) responsabilidade, não podemos deixar de citar o seguinte: poderia qualquer outra sociedade enfrentar uma situação similar e agir diferente? Seria Eichmann e toda a sociedade nazista um ponto fora da curva, desde os anos passados e até o fim dos tempos? Ora, independente das respostas (ainda que aparentemente óbvias), que tenhamos em mente o quão urgente é educar para o pensamento. Diante de dias difíceis, banalização dos direitos humanos e mesmo do bom senso coletivo, que novos Eichmann venham ser combatidos ainda em suas raízes, através de uma educação do pensar crítico, reflexivo e com a própria mente.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo. A banalidade do mal e as possibilidades da educação moral: contribuições arendtianas. Revista Brasileira de Educação v. 15 n° 43, jan./abr. 2010. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-24782010000100008](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782010000100008)

ADEYEMI, Adebola Hakeem. Três abordagens do problema do mal na filosofia contemporânea. Monografia (Graduação em Filosofia), Universidade de Brasília - UnB, Instituto de Humanas, Departamento de Filosofia, Brasília, 2011. Disponível em [https://bdm.unb.br/bitstream/10483/2779/1/2011\\_AdebolaHakeemAdeyemi.pdf](https://bdm.unb.br/bitstream/10483/2779/1/2011_AdebolaHakeemAdeyemi.pdf)

ARENDT, Hannah. A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1992.

\_\_\_\_\_. A dignidade da política: ensaios e conferências. Trad. Antonio Abranches. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

\_\_\_\_\_. Eichmann em Jerusalém. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. Compreender: formação, exílio e totalitarismo. Belo Horizonte (BH): Companhia das Letras/ Editora UFMG; 2008.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade e Julgamento. Edição Jerome Kohn, revisão técnica Bethania Assy e André Duarte. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

\_\_\_\_\_. As origens do Totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

ALVES, Marcos Alexandre; et. al. A formação humana e a incapacidade de pensar: considerações sobre o problema do mal em Hannah Arendt. UFKLÄRUNG, João Pessoa, v.4, n.2, Mai.Ago., 2017, p.67-78. Disponível em <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/arf/article/view/33701/18073>

ASSY, Bethania. Ética, responsabilidade e juízo em Hannah Arendt. Texto e tradução de Bethania Assy. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BROCHADO, Mariá. O Direito como mínimo ético e como maximum ético. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 237-260, jan./jun. 2008. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/>

revista/article/viewFile/70/66

CARVALHO, José Maurício de. Miguel Reale: Ética e Filosofia do Direito. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2011.

DAHIA, Sandra Leal de Melo. Da obediência ao consentimento: reflexões sobre o experimento de Milgram à luz das instituições modernas. Soc. estado., vol.30, no.1,

Brasília, jan./Apr. 2015. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922015000100225](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922015000100225)

FERRAZ, Adilson Silva. Cura posterior: banalidade do mal e a ética do pensar em Hannah Arendt. Filosofia Unisinos 10(1):5-14, jan/abr 2009. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/5000/2253>

GHIVELDER, Zevi. Eichmann na jaula dos réus. Revista Morashá, ed. 71, abril de 2011. Disponível em <http://www.morasha.com.br/holocausto/eichmann-na-jaula-dos-reus.html>

GUTERMAN, Marcos. A Moral nazista - Uma análise do processo que transformou crime em virtude na Alemanha de Hitler. São Paulo: Tese (doutorado) USP, 2013. Disponível em [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-11042014-121333/publico/2013\\_MarcosGuterman.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-11042014-121333/publico/2013_MarcosGuterman.pdf)

KELSEN, Hans. O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 6ª ed., 1999.

KOHN, Jerome. O mal e a pluralidade: o caminho de Hannah Arendt em direção à Vida do espírito. In: AGUIAR, Odílio Alves *et al.* (Org.). Origens do totalitarismo: 50 anos depois. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

LAFER, Celso. Reflexões sobre a atualidade da análise de Hannah Arendt sobre o Processo Eichmann. In. Eichmann em Jerusalém 50 anos depois. Curitiba: Editora UFPR, 2013.

MILGRAM, Stanley. Behavioral Study of Obedience, Journal of Abnormal and Social Psychology, 67, 371-378. 1963. Tradução do Consulado dos Estados Unidos no Rio de Janeiro – Revista Diálogo.

\_\_\_\_\_. Obedience to authority: An experimental view. Harpercollins, 1974.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do Direito. 36.a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REALLE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTH, Ronaldo João e Iremar Aparecido da Silva Vasques. A ordem ilegal deve ser cumprida? A obediência hierárquica do servidor civil e do militar. Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME. Ano XIX, nº 124, maio/junho de 2017. Disponível em: <http://ejurr.tjrr.jus.br/arqpdf/artigos/20170719174715.pdf>

SIQUEIRA, José Eduardo de. Irreflexão e a banalidade do mal no pensamento de Hannah Arendt. Revista Centro Universitário São Camilo, 2011. Disponível em <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/89/A5.pdf>

SGARBI, Adrian. Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2005). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Marcelo Gustavo de. Educar para o pensamento: uma reflexão a partir de Hannah Arendt. PERSPECTIVA. Florianópolis, v.17, n. 31, p. 83 -97, jul./dez. 1999. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/perspectiva/article/viewFile/10524/10070#:~:text=ref%20lex%C3%A3o%20a%20partir%20de%20Hannah%20Arendt,-Mlrcelo.&text=O%20trabalho%20apresenta%20uma%20proposta,%2C%20Hannah%2C%201906%2D1975>.

TEIXEIRA, Lucas Carvalho Lima. A ambivalência do mal na obra de Hannah Arendt: quando a banalidade implica o radical. Diaphonía, e-ISSN 2446-7413, v. 3, n. 1, 2017. Disponível em <http://e-revista.unioeste.br/index.php/diaphonia/article/view/17206>

TIZZO, Fabiano Miranda do Nascimento. Hannah Arendt: Política e responsabilidade no julgamento de Eichmann. São Paulo: Tese (mestrado) PUC, 2015. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/12894/1/Fabiano%20Miranda%20do%20Nascimento%20Tizzo.pdf>

VOEGELIN, Eric. Hitler e os alemães. São Paulo: Realizações Editora, 2009. 27



**A concretização dos direitos dos  
passageiros do transporte aéreo**

**The implementation of the rights of air  
transport passengers**

---

Ricardo Raposo Xavier Leite

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.146.6

## RESUMO

Este estudo buscou identificar os mecanismos de concretização dos direitos conferidos aos passageiros do transporte aéreo, procurando reconhecer as normas protetivas aplicáveis, uma vez que, cada vez mais, o número de viajantes aumenta, e na mesma proporção os problemas por eles enfrentados, revelando a importância da garantia de eficácia aos direitos que lhes são assegurados pelo ordenamento. Para tanto, teve-se como objetivo geral identificar os meios hábeis à efetivação das garantias asseguradas aos usuários da aviação, tendo sido lançado mão de pesquisa exploratória, descritiva, explicativa e bibliográfica. Com isso pôde-se perceber, ao final, que estão à disposição dos cidadãos variadas entidades que desempenham funções relativas à tutela do consumidor, e que prestam importantes serviços em busca da garantia dos direitos previstos na legislação, a exemplo da Agência Nacional de Aviação Civil, dos PROCON e das Defensorias Públicas, dentre outros órgãos.

**Palavras-chave:** direitos dos passageiros. efetivação de direitos. transporte aéreo.

## ABSTRACT

This study sought to identify the mechanisms for implementing the rights conferred on air transport passengers, seeking to recognize the applicable protective norms, since the number of travelers is increasing, and in the same proportion the problems they face, revealing the importance of ensuring the effectiveness of the rights guaranteed to them by the legal system. Therefore, the general objective was to identify the means to implement the guarantees provided to aviation users, using exploratory, descriptive, explanatory and bibliographical research. With this, it was possible to perceive, in the end, that various entities that perform functions related to consumer protection are available to citizens, and that provide important services in search of guaranteeing the rights provided for in the legislation, such as the National Civil Aviation Agency, Procon's and Public Defenders, among other bodies.

**Keywords:** air transport. enforcement of rights. passenger rights.

## INTRODUÇÃO

Com o arrefecimento do cenário pandêmico do coronavírus, é natural que o transporte aéreo volte a se normalizar no cenário global, com as viagens sendo retomadas a níveis pré-pandemia, inclusive no Brasil.

Todavia, se por um lado deve-se comemorar a volta da normalidade, por outro se deve ter em mente que aos milhares de passageiros que voltarão a circular em nossos aeroportos são assegurados vários direitos, os quais precisam ser concretizados para resguardar esses passageiros de eventuais abusos.

Afinal, não são poucas as notícias que afloram na imprensa acerca de problemas em terminais aeroportuários, geralmente relacionadas a cancelamento de voos, falta de informações e *overbooking*.

É por isso que se deve atentar para o tema do respeito aos direitos dos passageiros do

transporte aéreo. Isso porque, não raramente, os passageiros têm diversos direitos garantidos em variadas situações constrangedoras que se apresentam, mas eles não são respeitados.

É nesse ponto que reside a pergunta: *Quais os mecanismos de concretização dos direitos assegurados aos passageiros do transporte aéreo?*

A relevância desse questionamento está no fato de que as pessoas devem saber quais são os direitos que lhes são garantidos e o que fazer para torná-los eficazes, fins de que possam exigir-lhes respeito.

O presente estudo terá, portanto, como objetivo geral identificar os mecanismos de concretização dos direitos assegurados aos passageiros do transporte aéreo.

Para tanto, deverão ser seguidos os seguintes objetivos específicos: construir o referencial teórico de contextualização da pesquisa, traçando um panorama geral da importância do transporte aéreo e dos principais problemas enfrentados pelos passageiros; levantar as normas que asseguram direitos aos usuários do transporte aéreo e, por fim, verificar os mecanismos de concretização desses direitos.

Para a consecução desses objetivos a presente pesquisa será dividida em três seções: *Da contextualização; dos direitos dos passageiros do transporte aéreo e da concretização dos direitos dos passageiros do transporte aéreo.*

A primeira seção tem a finalidade de construir o referencial teórico de contextualização e será composto por duas subseções: 1) a importância do transporte aéreo, que trará um breve panorama geral de como o transporte aéreo é fundamental nas relações atuais e o seu crescimento elevado nos últimos anos; 2) os problemas dos passageiros, que exporá sucintamente a situação dos usuários, constantemente envolvidos por caos nas viagens, com atrasos, cancelamentos e falta de informação.

Já a segunda seção levantará as normas assecuratórias dos direitos dos passageiros, e será dividido em duas subseções: 1) a ordem constitucional, que examinará a importância da Lei Maior na tutela dos usuários de serviços públicos; 2) das normas protetivas, que fará o levantamento das variadas regras que asseguram direitos aos passageiros.

A seu turno, a terceira seção terá como foco verificar os mecanismos de concretização dos direitos dos passageiros, e será composto por duas subseções: 1) Da necessidade de efetivação de direitos, que apresentará a importância de ser dada efetividade às garantias dos passageiros; 2) Dos mecanismos de concretização, que verificará os meios possíveis de concretização dos direitos dos usuários do transporte aéreo.

Noutra senda, no que toca ao aspecto metodológico, quanto aos fins a pesquisa será exploratória, descritiva e explicativa. Exploratória porque se deve levantar toda uma fundamentação teórica que sirva de base à pesquisa, descritiva porque buscará apresentar os regramentos que envolvem os direitos dos passageiros e explicativa porque tem como propósito verificar os mecanismos de concretização desses direitos.

Já quanto aos meios a pesquisa será bibliográfica, uma vez que se valerá das referências de livros e leis para formar o embasamento teórico de análise dos direitos dos passageiros e sua concretização.

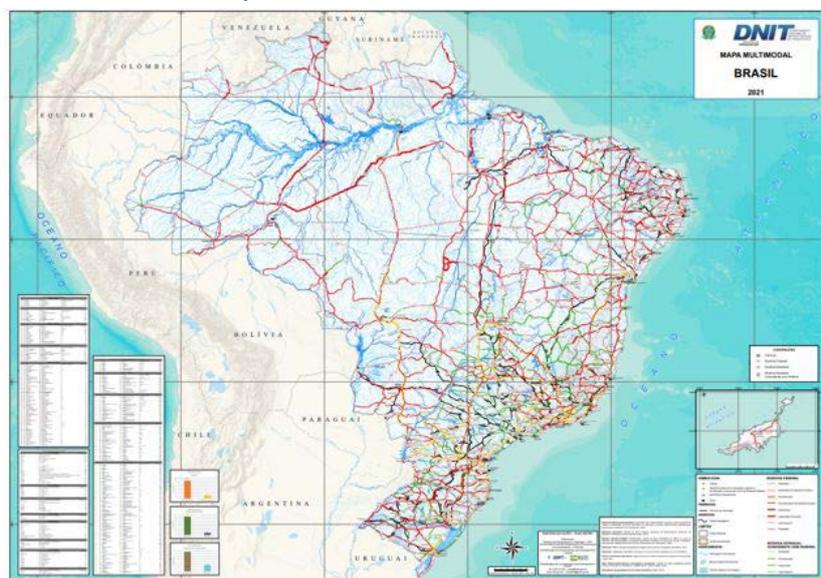
## DA CONTEXTUALIZAÇÃO

Esta primeira seção tem por objetivo construir a contextualização em que se insere o transporte aéreo, fins de melhor situar o leitor no problema de pesquisa.

### A importância do transporte aéreo

Atualmente, não se pode negar a relevância que o transporte aéreo possui para a sociedade. Como o meio de transporte mais célere existente, o transporte aéreo simboliza a necessidade de agilidade cada vez maior nas relações modernas.

No caso brasileiro, isso se torna mais evidente quando se leva em consideração as dimensões continentais do Brasil e a escassa linha ferroviária e rodoviária para interligar todas as regiões, em especial a Região Norte, conforme evidencia o mapa multimodal do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT:



Por mais que o mundo tenha passado um período desafiador ao longo de 2020 e 2021, o cenário pandêmico da COVID-19 apresenta sinais claros de arrefecimento em 2022, após uma campanha global de vacinação em massa da população, com o fim das restrições de mobilidade na maior parte dos países e a retomada gradual dos voos.

Nesse ponto, segundo informação recente da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC<sup>1</sup>:

Pelo segundo mês consecutivo, a oferta de voos no mercado doméstico medida em junho de 2022 por meio de assentos-quilômetros ofertados (ASK) apresentou alta na comparação com o resultado obtido no mesmo mês de 2019, período pré-pandemia (...). A alta verificada recentemente em alguns dos indicadores do transporte aéreo aponta tendência de recuperação do setor após a economia global enfrentar a maior crise sanitária das últimas décadas.

Todavia, em que pese a sua relevância incontestável para a sociedade contemporânea, o sistema de transporte aéreo está longe da perfeição, e são os passageiros que vivenciam essa realidade nos aeroportos diariamente.

<sup>1</sup> Informação disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2022/pelo-segundo-mes-consecutivo-indicadores-do-transporte-aereo-de-junho-superam-resultados-de-antes-da-pandemia>. Acesso em: 14 dez 2022.

## Os problemas dos passageiros

A busca pelo transporte aéreo tem sempre uma conotação bastante objetiva: rapidez. Afinal, a vantagem da aviação está justamente no fato de permitir ir a locais distantes no mais curto espaço de tempo, fora os casos em que ela é o único meio de deslocamento possível<sup>2</sup>.

Nessa linha, as pessoas deveriam encontrar no transporte aéreo a certeza de que chegariam aos seus destinos de forma rápida e segura, sem preocupação com trânsito, buracos nas estradas, filas de pedágio, dentre outras adversidades.

Todavia, nas últimas décadas a população tem observado que, muito embora a aviação tenha se tornado incomparavelmente mais acessível às variadas classes sociais, os problemas enfrentados nas viagens também aumentaram.

Afinal, desde a crise do “apagão aéreo” na segunda metade dos anos 2000, as pessoas já sabem que é grande o risco de enfrentarem problemas em seus voos, uma vez que a imprensa divulga frequentemente os tumultos nos aeroportos, geralmente ocasionados por atrasos e cancelamentos.

Soma-se a isso a frequente falta de informação nos aeroportos, onde por vezes centenas de passageiros ficam no saguão de embarque à espera de orientações por parte dos funcionários das empresas aéreas, que não aparecem.

Outra situação aviltante enfrentada pela população se relaciona com o overbooking, que é a prática adotada pelas empresas aéreas de reservar mais passagens do que a capacidade da aeronave, além do extravio de bagagens, que gera um transtorno evidente, dado que as pessoas por vezes estão chegando a locais onde não possuem residência, o que torna realmente desgastante a hipótese de ter que ficar num destino sem sequer roupa para dormir.

Dessa forma, nota-se que não são poucas as adversidades que podem ser enfrentadas pelos passageiros do transporte aéreo, o que revela a importância da existência de regras que lhes assegurem direitos para fazer frente aos problemas por eles enfrentados.

## DOS DIREITOS DOS PASSAGEIROS DO TRANSPORTE AÉREO

Esta segunda seção objetiva apresentar as normas assecuratórias dos direitos dos passageiros, fins de facilitar a compreensão do leitor acerca da gama de garantias asseguradas aos usuários do transporte aéreo.

### Da ordem constitucional

A Constituição Federal, em seu art. 21, inc. XII, alínea “c”, estatui que compete à União, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, explorar a navegação aérea e a infraestrutura aeroportuária.

Dessa forma, percebe-se que o transporte aéreo constitui um serviço público a cargo do Governo Federal, sendo que sempre foi prestado por particulares delegatários, como bem explica o Prof. José da Silva Pacheco (2006, p. XIV), segundo o qual “[...] a União jamais se propôs

<sup>2</sup> A inacessibilidade é uma realidade típica de cidades interioranas da Região Norte do País.

a executar, diretamente, os serviços aéreos, com vista a auferir vantagens econômicas de sua exploração, nem tem esse intuito na atualidade [...]”.

É por isso que não existem hoje no Brasil empresas estatais de transporte aéreo, sendo que a aviação comercial regular é realizada por empresas privadas concessionárias, a exemplo da Gol, Latam, Azul, dentre outras.

Essas empresas, como prestadoras de um serviço público, devem manter níveis adequados de atendimento, com a devida observância aos direitos dos usuários, em sintonia com o mandamento constitucional inscrito nos incisos II e IV do parágrafo único do art. 175.

Afinal, se o legislador constituinte tratou o transporte aéreo como serviço público, certamente reconheceu nele sua importância para a sociedade, o que reflete na responsabilidade das empresas em prestarem bons serviços, sob pena de afronta ao objetivo constitucional.

Além disso, deve-se ter em mente a preocupação do constituinte com a tutela do consumidor, motivo pelo qual elevou ao nível de direito fundamental a proteção consumerista, substanciada no inc. XXXII do art. 5º da Carta.

É nesse sentido que se observa como os passageiros do transporte aéreo - enquanto usuários de um serviço público e consumidores de uma atividade oferecida por empresas concessionárias -, possuem na Constituição Federal a base de todas as garantias que lhes permitem o gozo de uma viagem tranquila, e cujos detalhes serão vistos abaixo.

## **Das normas protetivas infraconstitucionais**

Em sendo verificado que os passageiros do transporte aéreo têm na Constituição o fundamento das garantias que visam lhes assegurar um tratamento adequado por parte das empresas aéreas, deve-se observar que a Lei Maior, por si só, não é suficiente para deixar os usuários resguardados, sendo necessário que exista todo um ordenamento infraconstitucional que traga os direitos devidamente pormenorizados, fins de efetivar o mandamento constitucional.

## **O Código de Defesa do Consumidor**

Aos passageiros do transporte aéreo são resguardados todos os direitos oriundos da legislação consumerista, uma vez que são consumidores, enquadrando-se no conceito legal previsto no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei nº 8.078/90), por fazerem uso do serviço de transporte aéreo como destinatários finais.

Além disso, o passageiro é, sem dúvida, o elo mais fraco da relação “*empresa aérea x usuário*”, pois não possui controle sobre os meios de produção, estando manifestamente vulnerável.

Essa vulnerabilidade é justamente o plus que dirime quaisquer dúvidas acerca da qualificação do usuário de transporte aéreo como consumidor, conforme ensina o Prof. José Geraldo Brito Filomeno (2007, p. 41), segundo o qual “[...] a pedra de toque para que se considere que uma relação jurídica é ou não de consumo é a destinação final (de caráter prevaiente) e a vulnerabilidade (de caráter secundário)”.

Dessa forma, diante do verdadeiro abismo que se opera na relação entre passageiros

e empresas aéreas, verifica-se que não se pode negar àqueles os direitos previstos no Estatuto Consumerista, dentre os quais podemos destacar os previstos nos artigos 6º e 22.

Nesse contexto, por fazerem parte de um Código cujas normas são de ordem pública e interesse social, conforme estabelecido no art. 1º do CDC, os direitos previstos nesse Código já seriam suficientes para assegurar aos passageiros uma viagem sem complicações.

Todavia, o CDC, dado seu caráter essencialmente protetivo, não enumerou os direitos consumeristas em rol taxativo, mas foi claro em seu art. 7º ao não afastar os benefícios eventualmente previstos em normas diversas, o que permite a incidência de outras garantias aos usuários do transporte aéreo.

### **A Lei nº 8.987/95**

Os usuários dos serviços públicos, dentre os quais se destacam os passageiros do transporte aéreo, têm garantido seus direitos por expressa disposição constitucional, como já visto acima, na forma do art. 175 da Lei Maior. Esse dispositivo estabeleceu que a norma que fosse disciplinar acerca das concessões deveria tratar, necessariamente, sobre os direitos dos usuários, sendo esse o motivo que levou a Lei nº 8.987/95 a estabelecer em seu artigo 7º vários direitos, em especial o *serviço adequado*, sem prejuízo daquilo assegurado pelo Estatuto Consumerista.

Assim, da mesma forma que o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.987/95, ao estabelecer que o usuário tem o direito de receber um serviço adequado, seria suficiente para assegurar aos passageiros voos tranquilos.

Entretanto, dado que essa simples previsão de adequação não é suficiente, o seu art. 6º, *caput*, é expresso ao fazer referência a outras *normas pertinentes*, possibilitando uma regulamentação mais detalhada acerca do serviço público concedido, fins de garantia de qualidade, como visto a seguir.

### **O Código Civil**

O Código Civil (Lei nº 10.406/02) possui no livro *Do Direito das Obrigações* um capítulo dedicado aos *transportes* e uma seção referente ao *transporte* de pessoas, sendo que sua aplicabilidade ao serviço de transporte aéreo é encontrada em seu art. 731.

Contudo, deve-se ter cautela na aplicação das normas do Código Civil, haja vista que as normas desse Código não podem diminuir os direitos dos passageiros, uma vez que eles são *consumidores*, sujeitos primordialmente à proteção do Código de Defesa do Consumidor.

Visto isso, e superada essa cautela, podem-se destacar como normas aplicáveis do Código Civil, e que resguardam verdadeiros direitos dos passageiros, aquelas dispostas nos artigos 734, *caput*, 737, 739, 740 e 741, revelando que, apesar de não serem muitas suas disposições específicas, o Estatuto Civilista tem sua importância para o serviço de transporte aéreo, tal como o Código Brasileiro de Aeronáutica, abaixo abordado.

### **O Código Brasileiro de Aeronáutica**

O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) também disciplina acerca de re-

levantados direitos assegurados aos passageiros do transporte aéreo. E tal como ocorre com o Código Civil, a leitura de suas normas deve ser feita em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, de forma que aos usuários sejam asseguradas as normas mais favoráveis.

Dentre os direitos assegurados por esse Código, que apesar de ser anterior à Constituição Federal foi por ela recepcionado, conforme ensina o Prof. José da Silva Pacheco (2006, p. XIII), deve-se dar ênfase àqueles encontrados nos artigos 222, 226, 227, 229, 230, 231, 234 e 256.

Todavia, por mais que esse Código disponha acerca de importantes direitos dos passageiros, há ainda outras normas que garantem mais benefícios: os regulamentos do serviço de transporte aéreo.

### **Os regulamentos da aviação civil**

Por ser o transporte aéreo um serviço público concedido pelo Governo Federal à exploração privada, existe toda uma regulamentação sobre como esse serviço deve ser prestado, no intuito de serem seguidos parâmetros de adequação.

Tais regulamentos são editados pelo Poder Executivo, atualmente por meio da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, na forma do art. 2º da Lei n. 11.182/05, e com fundamento no inc. I do art. 29 da Lei nº 8.987/95.

A importância dessas normas regulamentares reside no fato de que elas são voltadas para os detalhes do serviço de transporte aéreo, distanciando-se da *generalidade* que é característica das leis em sentido estrito, a exemplo das *Condições Gerais de Transporte* (contidas na Resolução nº 400/2016, emitida pela ANAC), que são uma espécie de *consolidação* de regras sobre o transporte aéreo, reunindo uma série de direitos e deveres atribuídos tanto aos passageiros quanto às empresas aéreas.

Essa regulamentação feita pelo Poder Executivo objetiva resguardar um mínimo de garantias necessárias à proteção do passageiro. Afinal, cabe ao Estado definir como o serviço de transporte aéreo deve ser prestado, no intuito de garantir a qualidade, conforme ensina o Prof. Hely Lopes Meirelles (2004, p. 373), segundo o qual “cabe ao Executivo aprovar o regulamento do serviço e determinar a fiscalização de sua execução, pela forma conveniente”.

Em igual sentido preconiza o Prof. Bandeira de Mello (2009, p. 707 e 708), segundo o qual o Estado Concedente “[...] pode dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e modificá-las sempre que o interesse público o reclamar [...]”, além de que o Estado “[...] dispõe com plena liberdade e do modo que entender mais conveniente para o interesse público, sobre a parte regulamentar do serviço [...]”.

## **DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS PASSAGEIROS DO TRANSPORTE AÉREO**

Esta última seção, que condensa a resposta ao problema levantado, objetiva verificar quais são os mecanismos de concretização de direitos à disposição dos passageiros da aviação civil.

## **Da necessidade de efetivação de direitos**

Foi possível observar linhas acima que existem várias normas assegurando direitos aos passageiros do transporte aéreo. São normas que garantem desde o reembolso do valor da passagem até o direito de viajar com cão-guia, no caso de deficientes visuais.

Todavia, não basta a pura existência de normas protetivas. Elas não podem ser simplesmente “letra-mortas”, mas deve haver efetividade, vale dizer, os direitos assegurados aos passageiros devem ser respeitados pelas companhias aéreas, sob pena de afronta ao ordenamento constitucional, que preza pela adequação do serviço público.

Não se pode aceitar, por exemplo, que as empresas aéreas se neguem a oferecer as informações aos passageiros sobre seus voos, mormente quando eles estão atrasados ou são cancelados, uma vez que os usuários do transporte aéreo têm garantido o direito à fiel informação.

Afinal, não é suficiente a existência de direitos sem que eles sejam concretizados, sendo fundamental que os passageiros tenham possibilidade de efetivamente gozar de todas as garantias asseguradas pelo ordenamento. Para tanto, devem existir mecanismos hábeis à disposição dos usuários, como será visto a seguir.

## **Dos mecanismos de concretização**

Em sendo verificada a necessidade de se conferir efetividade aos direitos assegurados aos passageiros, deve-se perquirir quais são os mecanismos possíveis de serem por eles utilizados.

### **As empresas aéreas**

É fato que o ordenamento jurídico vigente não tolera, em regra, o exercício da autotutela. Todavia, essa vedação não impede que o passageiro possa procurar a empresa aérea para cobrar o respeito aos seus direitos.

Isso porque, por exemplo, quando um atendente de uma companhia aérea se nega a prestar as informações sobre um voo solicitadas pelo passageiro, nada obsta que ele procure um supervisor ou gerente no intuito de resolver a situação.

É por isso que existe uma norma regulamentar estabelecendo a obrigatoriedade de as empresas aéreas manterem funcionários nos aeroportos aptos a atender as demandas dos passageiros. Trata-se da Resolução nº 400/2016 da ANAC.

Por essa norma há imposição às empresas aéreas para que disponibilizem um posto de atendimento específico para resolver os problemas dos passageiros nos aeroportos, além dos tradicionais serviços de *call center*, restando a conclusão que o primeiro mecanismo de concretização dos direitos dos usuários é a busca junto as próprias companhias aéreas.

### **A ANAC**

Não obstante as empresas aéreas possam ser acionadas previamente pelos passageiros para resolução de seus problemas, seria precipitado pensar que somente esse meio seria

suficiente em todas as situações, uma vez que há casos, sem dúvida, em que as companhias não solucionam as demandas dos usuários.

É por isso que existem outros mecanismos dos quais os passageiros podem lançar mão, e um deles é a tutela da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, entidade responsável pela concessão, regulação e fiscalização do serviço de transporte aéreo no Brasil, na forma da Lei nº 11.182/05.

Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e à repressão às infrações aos direitos dos usuários, na forma do art. 8º, *caput* e inc. XXXV da Lei nº 11.182/05. Sua atuação não se limita à simples confecção dos regulamentos, pois tem a atribuição legal de impor às empresas o respeito aos dispositivos normativos, na linha do art. 29, inc. VI da Lei nº 8.987/95.

Dessa forma, observa-se que os passageiros do transporte aéreo devem ter na ANAC mais um mecanismo de concretização dos seus direitos, visto que essa Agência tem o dever institucional de garantir a qualidade do serviço público, incluindo-se aí o respeito aos usuários pelas empresas aéreas.

Contudo, deve-se registrar que a ANAC não atua em ressarcimento aos passageiros, pois tem o papel apenas de impor as normas às empresas sob pena de sanções administrativas. O trato de conciliação ou indenização fica a cargo de outras entidades.

## **Os Procons**

Além de poder buscar atendimento diretamente junto às empresas aéreas ou por meio da ANAC, o passageiro pode também fazer uso dos serviços de proteção do consumidor, conhecidos como *Procons*, órgãos criados pelos Estados e Municípios que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, previsto no art. 105 do Código de Defesa do Consumidor e no Decreto nº 2.181/97.

A atribuição desses órgãos é justamente auxiliar o consumidor na resolução dos problemas enfrentados com os fornecedores, por meio da orientação dos direitos assegurados pela legislação consumerista e pela busca da conciliação, onde atua como intermediador entre o consumidor e o fornecedor, além de poder aplicar sanções e direcionar os conflitos não sanados para o Poder Judiciário.

Assim, diante das atribuições conferidas pela legislação aos órgãos de defesa do consumidor, e uma vez que os passageiros do transporte aéreo são parte de uma típica relação de consumo, tal qual mencionado linhas acima, não há como negar que os Procons podem ser considerados mais um mecanismo de concretização dos direitos daqueles que utilizam a aviação.

## **O Ministério Público**

O *Parquet* é uma instituição que também pode ser útil aos passageiros, uma vez que ao órgão ministerial cabe a importante função de atuar na defesa dos direitos coletivos, incluindo-se aí os direitos dos consumidores, na forma do art. 129, inc. III da Constituição Federal, do art. 6º, inc. VII, alínea “c” da Lei Complementar nº 75/93, que dispõe sobre o Ministério Público da União, e do art. 25, inc. IV da Lei nº 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

É por isso que existem órgãos como a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, afeta à proteção do consumidor, que possui representação nos Estados, e ainda as Promotorias de Justiça Especializada no Ministério Público dos Estados, tal como previsto no art. 81 da Lei Complementar Estadual nº 11/93, acerca do Ministério Público do Estado do Amazonas.

Dessa forma, percebe-se que o Ministério Público é uma instituição que pode ser utilizada pelos passageiros do transporte aéreo para buscar efetivação de seus direitos. É fato que a atuação do órgão ministerial é voltada primordialmente para questões que envolvam a coletividade de usuários do serviço, mas ainda assim é um poderoso mecanismo de concretização dos direitos dos passageiros.

## **A Defensoria Pública**

A Defensoria Pública é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da orientação jurídica e defesa dos necessitados, conforme dispõe o art. 134, *caput*, da Constituição Federal e o art. 1º da Lei Complementar nº 80/94, que estatui normas gerais sobre a instituição.

É interessante observar que a tutela da Defensoria não se volta principalmente aos interesses coletivos, como ocorre com o Ministério Público, mas sim tem por atribuição defender os interesses dos necessitados, seja em questões coletivas ou individuais. E dentro desse contexto de *necessitados* encontra-se espaço para albergar os consumidores, dentre eles os passageiros do transporte aéreo, na forma do art. 4º, inc. VIII da Lei Complementar nº 80/94.

Logo, percebe-se que a Defensoria é uma instituição que pode ser utilizada pelo usuário do transporte aéreo necessitado fins de ser reparado pelos transtornos causados pelas empresas aéreas, restando a conclusão de que a atuação desse órgão se revela como mais um mecanismo de concretização dos direitos dos passageiros.

## **Os juizados especiais nos aeroportos**

No intuito de tornar a prestação jurisdicional mais célere, e na busca da tão almejada pacificação social, existem os juizados especiais, onde imperam os princípios da oralidade, simplicidade e informalidade, nos quais a parte pode ingressar em juízo sem necessidade de assistência de advogado, na forma das Leis nº 9.099/95 e 10.259/01.

É nesse contexto que foram instaladas as varas de juizados especiais em alguns aeroportos<sup>3</sup>, reguladas pelo Provimento nº 11/2010, da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, fins de tentar resolver conflitos entre passageiros e empresas aéreas de forma rápida, com a realização de conciliações, notando-se facilmente que esses juizados especiais são mais um mecanismo de concretização dos direitos dos usuários.

## **As Assembleias Legislativas**

Em paralelo aos órgãos do Poder Executivo e Judiciário, em alguns Estados as Assembleias Legislativas são dotadas de *Comissões de Defesa do Consumidor*, que além de atuarem nas proposições de leis relacionadas à proteção dos consumidores, realizam atendimento direto

<sup>3</sup> Aeroportos de Congonhas, Guarulhos, Galeão, Santos Dumont, Recife, Brasília e Confins.

aos cidadãos, recebendo e processando reclamações, em busca de conciliação com os fornecedores, a exemplo do Estado do Amazonas, onde a Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa realiza atendimento diário ao público, nos fins dispostos no art. 27, inc. VI do seu Regimento Interno.

Dessa forma, observa-se que as Assembleias Legislativas, por meio das suas comissões relacionadas à tutela do consumidor, podem ser procuradas pelos usuários do transporte aéreo quando ultrajados em seus direitos, mostrando-se um mecanismo de concretização de garantias pouco conhecido, mas que existe.

### **As organizações da sociedade civil**

Ao lado das instituições governamentais e das próprias empresas aéreas, os passageiros podem procurar ajuda nas organizações da sociedade civil voltadas para a defesa do consumidor.

Como exemplos pode-se citar o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), a PROTESTE (Associação Brasileira de Defesa do Consumidor) e a ANDEP (Associação Nacional em Defesa dos Direitos dos Passageiros do Transporte Aéreo), organizações sem fins lucrativos que desenvolvem atividade de orientação dos consumidores quanto aos seus direitos e que atuam em ações coletivas de consumo, revelando-se como mais um mecanismo de concretização dos direitos dos passageiros.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo geral do presente artigo pautou-se em identificar os mecanismos de concretização dos direitos assegurados aos passageiros do transporte aéreo, tendo como norte a pergunta: *Quais os mecanismos de concretização dos direitos assegurados aos passageiros do transporte aéreo?*

No intuito de responder a essa pergunta observou-se a relevância do transporte aéreo na sociedade contemporânea, onde as relações exigem uma agilidade somente alcançável pela aviação, e as dificuldades enfrentadas pelos passageiros, que são verdadeiros consumidores na relação com as empresas aéreas, vulneráveis e sujeitos aos abusos por vezes cometidos nos aeroportos.

Em paralelo, verificou-se que aos passageiros é assegurada uma vasta gama de direitos pelo ordenamento jurídico, com fundamento maior no art. 175 da Constituição Federal, dada a característica de serviço público que possui o transporte aéreo, tendo sido identificadas normas assecuratórias de direitos presentes no Código de Defesa do Consumidor, na Lei nº 8.987/95, no Código Civil, no Código Brasileiro de Aeronáutica e nos regulamentos emanados pelo Poder Executivo.

Todavia, foi demonstrado que não é suficiente a mera existência de normas com previsão de direitos aos passageiros, mas é necessário que seja dada efetividade às garantias asseguradas aos usuários do transporte aéreo, motivo pelo qual se mostrou fundamental identificar quais os mecanismos disponíveis a serem utilizados para a concretização desses direitos.

Nesse sentido, pôde-se observar que existem variados meios à disposição dos usuários do transporte aéreo, a saber: as próprias empresas aéreas, a Anac, os Procons, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os juizados especiais nos aeroportos, as Assembleias Legislativas e as organizações da sociedade civil.

Cada entidade possui um modo próprio de atuação, mas todas podem ser buscadas pelos passageiros para fazer valer seus direitos, de modo que ao término desta pesquisa pôde-se concluir que, embora os problemas enfrentados pelos usuários do transporte aéreo sejam uma realidade, não se pode negar a existência de variados mecanismos à disposição para que seus direitos sejam concretizados.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2022/pelo-segundo-mes-consecutivo-indicadores-do-transporte-aereo-de-junho-superam-resultados-de-antes-da-pandemia>. Acesso em: 14 dez 2022

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Resumo de Direito Administrativo Descomplicado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

AMAZONAS. Assembleia Legislativa do Estado. <https://www.aleam.gov.br/competencias/> Acesso em 14 dez 2022.

AMAZONAS. Lei Complementar nº 11/1993. Disponível em: <https://sapl.al.am.leg.br/norma/802>. Acesso em: 14 dez 2022.

ANDEP - Associação Nacional em Defesa dos Direitos dos Passageiros do Transporte Aéreo. <http://www.andep.com.br/Content/OQueFazemos.asp> Acesso em 14 dez 2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 dez 2022.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 14 dez 2022.

BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 14 dez 2022.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 14 dez 2022.

BRASIL. Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7565compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm). Acesso em: 14 dez 2022.

BRASIL. Decreto nº 2.181/1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm). Acesso em: 14 dez 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 75/1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em: 14 dez 2022.

BRASIL. Lei nº 8.625/1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8625.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm). Acesso em: 14 dez 2022.

BRASIL. Lei nº 9.099/1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 14 dez 2022.

BRASIL. Lei nº 10.259/2001. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10259.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm). Acesso em: 14 dez 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 11/2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1303>. Acesso em: 14 dez 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto. 9. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. <https://idec.org.br/>. Acesso em: 14 dez 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PACHECO, José da Silva. Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PROTESTE - Associação Brasileira de Defesa do Consumidor. <https://cms.proteste.org.br/quem-somos>. Acesso em: 14 dez 2022.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado. <http://www2.alerj.rj.gov.br/cdc/default.aspx>. Acesso em: 14 dez 2022.



# **A arquitetura das praças e de prédios públicos como instrumento de valorização cultural no planejamento urbano**

## **The architecture of central squares and fields as an instrument of cultural valuation in urban planning**

---

Allan Thiago Barbosa Arakaki

*Doutorando e Mestre pela Universidade de Marília/SP, Máster em Fundamentos da Responsabilidade Civil pela Universitat de Girona/Espanha, Especialista em Direito Público pela UNIDERP, em Ciências Criminais e Segurança Pública pelo CERS; Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.*

Elvis Muniz Ferreira

*Graduado em Arquitetura e Urbanismo pela UNICESUMAR, Especialista em Arquitetura e Cidades pela Universidade FAVENI, em Mobilidade Urbana e Trânsito pela FAVENI, Arquiteto e Urbanista – Departamento de Arquitetura e Engenharia da Prefeitura Municipal Deodápolis/MS.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.146.7

## RESUMO

O objetivo do corrente estudo consiste em verificar se a arquitetura das praças e de prédios públicos poderiam servir como forma de valorização cultural e o papel do ente municipal na sua proteção. Ademais, a título secundário, propõe-se neste estudo discorrer sobre o elo entre a Arquitetura e o Direito, por intermédio do enfoque da Teoria dos Sistemas Luhmanniano. Para tanto, é empreendida uma pesquisa bibliográfica e documental, mediante o emprego do método dedutivo, partindo da premissa geral para a específica. À luz de tal método, inicialmente são tecidas ponderações a respeito da Teoria dos Sistemas, com o intuito de contextualizar o leitor. Após, incursiona-se sobre o elo entre a Arquitetura e Direito, passando para a importância da arquitetura das praças e de prédios públicos na valorização cultural e planejamento urbano. Por derradeiro, é abordada a questão central deste estudo, tratando se a arquitetura de praças e de prédios públicos serviriam para resguardar o patrimônio cultural ou seria meramente algo desnecessário e qual seria o papel da municipalidade nesse quadro. O referencial teórico utilizado, por derradeiro, é da Teoria dos Sistemas, máxime quanto ao à sociedade como comunicação.

**Palavras-chave:** praças. prédios públicos. direito à cultura. comunicação.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to verify whether the architecture of squares and public buildings could serve as a form of cultural appreciation and the role of the municipal entity in its protection. Furthermore, on a secondary basis, this study proposes to discuss the link between Architecture and Law, through the approach of Luhmannian Systems Theory. For this purpose, a bibliographical and documentary research is carried out, using the deductive method, starting from the general premise to the specific one. In the light of such a method, considerations are initially made regarding the Systems Theory, with the aim of contextualizing the reader. Afterwards, it explores the link between Architecture and Law, moving on to the importance of the architecture of squares and public buildings in cultural enhancement and urban planning. Finally, the central issue of this study is addressed, dealing with whether the architecture of squares and public buildings would serve to safeguard cultural heritage or would it be merely something unnecessary and what would be the role of the municipality in this context. The theoretical framework used, for the last, is from the Theory of Systems, maximum in terms of society as communication

**Keywords:** squares. public buildings. right to culture. communication.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No senso comum, não é raro reverberar a premissa genérica de que a arquitetura de bens público, os de uso comum e de uso especial, seriam irrelevantes, enquadrados, sem a dimensão que o assunto demanda, como gastos desnecessários, a pretexto de que haveria outras prioridades sociais na agenda pública, como saúde, educação, dentre outros.

Não olvidando que o direito à cultura é fundamental, mais precisamente em sua circunscrição é que emerge este estudo, o qual se propõe a ser interdisciplinar, ou seja, com enfoque no Direito, mas também com os olhos na Arquitetura e no Urbanismo, sobretudo, nos traços dos

prédios e das praças públicas na concretização ao direito fundamental à cultura.

O objetivo do corrente estudo então consiste em verificar se a arquitetura das praças e de prédios públicos poderiam servir como forma de valorização cultural e identificar qual seria o papel do ente municipal na sua proteção. Ademais, a título secundário, propõe-se neste estudo discorrer sobre o elo entre a Arquitetura e o Direito, por intermédio do enfoque da Teoria dos Sistemas Luhmanniano. Para tanto, é empreendida uma pesquisa bibliográfica e documental, mediante o emprego do método dedutivo, partindo da premissa geral para a específica.

O método dedutivo se mostra adequado a esta pesquisa, eis que se cuida de um enfoque interdisciplinar que transcende o caráter estritamente da seara jurídica. Questões e doutrinas da Arquitetura, mais precisamente do planejamento arquitetônico, são trazidas com o intuito de propiciar uma visão mais plural. Nessa perspectiva, apura-se que o método dedutivo contribui para uma melhor contextualização do leitor diante das pretensões aqui descritas.

Nesse prisma, inicialmente são tecidas ponderações a respeito da Teoria dos Sistemas, com o intuito de contextualizar o leitor. Após, incursiona-se sobre o elo entre a Arquitetura e Direito, passando para a importância da arquitetura das praças e de prédios públicos na valorização cultural e planejamento urbano. Por derradeiro, é abordada a questão central deste estudo, tratando-se a arquitetura de praças e de prédios públicos serviriam para resguardar o patrimônio cultural ou seria meramente algo desnecessário e qual seria o papel da municipalidade nesse quadro.

Trata-se de uma pesquisa relevante e atual, porquanto perscruta se realmente a tese prevalente no senso comum procede ou se a arquitetura dos prédios e das praças públicas podem servir como instrumento de valorização cultural, o que demonstra a importância da questão. A atualidade deflui automaticamente da quantidade expressiva de prédios públicos e de praças que potencialmente poderiam ser utilizados na valorização cultural dentro dessa dinâmica em sendo o caso.

O referencial teórico utilizado, por derradeiro, é da Teoria dos Sistemas, sem prejuízo de um enfoque positivista.

## **APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DOS SISTEMAS**

Antes de adentrar às pretensões desta pesquisa, mister se faz tecer considerações a respeito do referencial teórico proposto, qual seja, a Teoria dos Sistemas Luhmanniana. Com efeito, o diferencial dela se cuida de modificar o olhar teórico de mero conjunto social, centralizando-o na comunicação. Em outras palavras, na concepção luhmanniana, a sociedade é a comunicação, decorrendo desta e não dos indivíduos, conforme destaca André Trindade (2008).

Nesse prisma, a Teoria dos Sistemas se propõe a trazer à lume a comunicação, como objeto da sociedade, retirando o homem do epicentro do próprio sistema (visão antropocêntrica). Considerando que o indivíduo é um organismo psíquico e, portanto, comunicador, é justamente essa comunicação que integra a própria sociedade (KUNZLER, 2004). Essa perspectiva se traduz inevitavelmente na quebra da concepção tradicional do antropocentrismo social.

Necessário observar que a compreensão da comunicação como eixo central da socie-

dade, importa que o sistema é um complexo fechado operativamente. Dessa maneira, há duas dimensões diversas: o ambiente e o sistema (VITA, 2010; KUNZLER, 2004). Enquanto o primeiro é a externalidade do mundo fenomênico, significando caos e sem ordenação nenhuma, o segundo representa um filtro, uma ordenação, mediante a observância de um código binário e sua programação (CARVALHO, 2014).

Os subsistemas sociais, por seu turno, são fechados dessa maneira operativamente, de sorte que cada unidade produz suas próprias informações, o que é denominado de autopoiese. Artur Satamford da Silva (2016, p. 52) sintetiza: “É a própria comunicação que produz comunicação (autopoiesis da comunicação), afinal, só por comunicação é possível se comunicar (autorreferência da comunicação)”.

O fechamento operativo garante que o ambiente não age diretamente na condução do sistema e subsistemas, mas sim que eles conseguem produzir informações e elementos a partir da própria autopoiese (VITA, 2010), porquanto o organismo “produz sua própria estrutura e todos os elementos que o compõe [...]” (KUNZLER, 2004, p. 128). Ademais, a própria orientação do código binário e da programação funciona como ponto fundamental na produção de informações dentro do sistema ou subsistema (LUHMANN, 2016).

Aurora Tomazini Carvalho (2014) destaca que a codificação ou código seria um filtro divisor do que integraria ou não o sistema, sendo figurado por um caráter binominal, como lícito/ilícito; moral/imoral; majoritário/minoritário; dentre outros, dependendo do sistema a ser tratado. A mesma autora ainda diferencia a programação, a qual seria circunstância em que os elementos externos conseguem obter uma qualificação do próprio código mencionado (CARVALHO, 2014).

Mister observar que, embora considerada a figuração do sistema fechado operativamente, é inegável reconhecer sua abertura cognitiva, ou seja, a possibilidade de comunicação com demais sistemas e subsistemas que compõem um universo maior. Acaso o fechamento operativo selasse uma realidade estanque e hermética, inevitavelmente, relegaria os sistemas e subsistemas sociais à fossilização e imutabilidade, o que, de fato, não procede.

Apesar de o centro da Teoria luhmanniana ser a comunicação, é nítida a imprescindibilidade de uma ponte intersistêmica. Esse processo ocorre pela abertura cognitiva dos próprios sistemas e o acoplamento estrutural. A respeito deste, Aurora Tomazini Carvalho sintetiza: “Por meio dele, os sistemas realizam distinções para selecionar, no ambiente, as informações relevantes para suas operações internas”. Implica dizer que o acoplamento estrutural prevê a relação intersistêmica, ao passo que o fechamento operativo se relaciona à perspectiva intrassistêmica.

Sem pretender esgotar a complexa Teoria Luhmanniana, mas somente com o intuito de munir o leitor dos pontos principais a respeito do referencial teórico abordado, importante discorrer brevemente sobre o tempo na concepção de Luhmann. Nesse ponto, observa-se que o autor faz a distinção da existência de um tempo analógico e um tempo digital (LUHMANN, 2016).

Enquanto o tempo analógico representa o tempo de fato, o tempo digital significaria o decorrer temporal dentro do processamento dentro do sistema. O referido autor assim destaca: “o modo como os acoplamentos estruturais ao mesmo tempo separa e atrelam também pode ser entendido ao se expressar a distinção entre processamento análogo e processamento digital, que se refere às dimensões do tempo” (LUHMANN, 2016, p. 349).

É possível visualizar, sob esse signo, que o tempo analógico e o tempo digital são realidades distintas. Enquanto o primeiro reproduz uma questão externa ao sistema e subsistema, o segundo enfoca justamente na realidade intrassistêmica. Ambos, de fato, possuem uma ligação singela, em razão do próprio acoplamento estrutural e da abertura cognitiva, posto que, do contrário, os sistemas e subsistemas estariam fadados a se fossilizar.

Imperioso visualizar, por outro lado, que há limitações à abertura cognitiva e, de igual maneira, à comunicação entre tempo digital e o analógico. Isso porque o transcurso temporal em um sistema ou subsistema social não implicará o mesmo efeito cronológico e consequencial em uma perspectiva analógica, ou seja, fora dele, eis que dependerá de irritações, da autopoiese, entre outros pontos.

Feitos os apontamentos e trazidas as conceituações sobre os principais tópicos utilizados na teoria luhmanniana, mostra-se oportuno ingressar na análise da proteção ao direito à cultura e o elo entre o sistema da Arquitetura e do Direito, imerso no universo aqui declinado.

## **A PROTEÇÃO AO DIREITO À CULTURA E O ELO ENTRE ARQUITETURA E DIREITO**

Diante de um cenário da falta de qualidade das edificações públicas e das praças nacionais, muitas vezes produto de ignorância da potencialidade desse item, observa-se um processo de intensificação de construção sem planejamento, utilizando-se de artifícios informais, sem a necessidade de uma visão abrangente e interação de responsáveis legais para conduzir legalmente um projeto planejado, com mínima variação entre o pretendido e o resultado obtido.

Nessa perspectiva, é comum encontrar irregularidades em edificações devido à grande demanda de construções e ampliações durante os anos, o que, por uma alta aceleração no crescimento populacional, ocasionou uma ocupação desordenada. É possível verificar que não são raras as divergências entre plantas e certidões do que deveria ser realmente exigido na aprovação e regularização de projetos, surgindo cidades sem planejamento urbano adequado.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) é constituída de normas públicas e de interesse social que traz como obrigatoriedade a utilização do plano diretor para municípios com mais de vinte mil habitantes, refletindo instrumentos de planejamento, com o que lida os Subsistemas da Arquitetura e do Urbanismo. Esse processo resulta em cumprir as orientações necessárias para aprovação e regularização de um projeto, determinadas no plano diretor do município (TONASSO, 2019).

Além disso, é patente a cultura como direito fundamental, podendo ser extraída diretamente na segunda dimensão de direitos fundamentais, ao lado dos de natureza econômica e social (NATARELLI, 2012). Talita Natarelli (2012, p. 51) resume: “a cultura tem papel decisivo na formação de cidadãos plenos na capacidade de lidar com a complexidade de decisões [...] sem ela, e seus inerentes valores sociais, a democracia ou o Estado de Direito perdem sua finalidade e substancial importância”.

Necessário rememorar que a fundamentalidade dos direitos não se resume apenas a questões fisiológicas (ARAKAKI, ROSSIGNOLI, 2021). Alberga também pontos outros relacionados diretamente à dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88), como ocorre com a cultura

(ARAKAKI, ROSSIGNOLI, 2021), a qual concerne à identidade, memória e história de um povo.

Sob essa ótica, dentro da Constituição Federal de 1988, o art. 215, caput, da CF/88 é de clareza robusta, prevendo a cultura como direito de todos e o dever de ser apoiada e incentivada as variadas manifestações culturais. O art. 216, caput, ao definir o patrimônio cultural, identifica o elo entre cultura, a identidade de uma sociedade.

O plexo de distribuição de competências na atuação dos entes subnacionais, cooperativamente, na esfera administrativa e legislativa (art. 23, III e art. 24, VII, CF/88), denota a importância do direito à cultura. Para além disso, a previsão da ação popular como ferramenta de proteção cultural reverbera a importância do direito fundamental à cultura, o que não pode ser visualizada apenas de forma material ou imaterial, corpóreo ou incorpóreo. O direito fundamental à cultura alberga as dimensões mais plurais e ricas possíveis (CAMPELLO, SANTIAGO, ANDRADE, 2018; TRENNEPOHL ET AL, 2007).

Nessa perspectiva, Thierry Verhelst (1992, p. 37) sintetiza: “a cultura é o conjunto de soluções originais que um grupo de seres humanos inventa, a fim de se adaptar ao seu ambiente natural e social”. É possível identificar, por conseguinte, que os subsistemas sociais da Arquitetura e do Direito podem se comunicar e se auxiliar com o intuito de velar pelo direito à cultura, propiciando outras benesses que muitas vezes não são difundidas no senso comum.

A Arquitetura e o Urbanismo defluindo das diretrizes fixadas pelo Plano Diretor Municipal e observadas outras normais de competência do respectivo ente subnacionais refletem a comunicação entre os subsistemas mencionados. Não existe, dessa maneira, consoante declinado alhures, o subsistema isolado e hermético em um universo paralelo e incomunicável, uma vez que o fechamento é operativo.

O Plano Diretor, dessa maneira, prevendo a expansão urbana, a estrutura e os limites de construção, abrangendo, inclusive, a construção do Poder Público, mostra cristalina comunicação entre a Arquitetura, o Urbanismo e o Direito. Não se cuida aquele de uma ferramenta exclusiva de um ou de outro subsistema, mas sim de um instrumento que reverbera em diversas nuances e subsistema.

Embora não se negue a autonomia científica dos campos declinados, pode-se visualizar que há uma abertura cognitiva que possibilita a comunicação deles, dentro da ótica luhmanniana. À lume dessa dimensão é que deve ser visualizada a importância da arquitetura e da estruturação das praças e dos prédios públicos como meio de promover a cultura, forjar uma identidade cultural, fomentar o potencial turístico e trazer economicidade e acessibilidade.

## **A ARQUITETURA DAS PRAÇAS E DOS PRÉDIOS PÚBLICOS NA VALORIZAÇÃO CULTURAL E O PLANEJAMENTO URBANO**

Na linha do estudo e da comunicação dos diversos subsistemas como elemento central a ser focado, observa-se que a arquitetura das praças e dos prédios públicos pode servir como importante ferramenta primária de consolidação do direito fundamental à cultura. Os traços, as características das praças e dos prédios públicos podem refletir a concepção artística, a identidade e a memória de uma população. Não se cuida, portanto, de um elemento vago ou lançado fortuitamente.

Para além disso, o Plano Diretor enfoca um item imprescindível: planejamento. Nesse aspecto, o planejamento deveria ser feito antes da execução de uma obra, de forma extremamente técnica, embora na prática não seja o que acontece (GOLDMAN, 2004). Com efeito, durante a execução do projeto é fundamental ter ferramentas que auxiliem o gerente no controle e gestão do projeto, tendo assim um relatório completo sobre a obra, inclusive, com o intuito de evitar erros.

Imbuído dessa premissa, ensina Taves (2014) o orçamento paramétrico para as estimativas iniciais e o orçamento analítico são umas das melhores formas de se fazer uma gestão de custos durante a execução do empreendimento, junto com aplicações de auditorias internas e externas.

Yang (2005) destaca que todos os recursos de um projeto de engenharia civil estão expostos a oscilações, principalmente quando o projeto é longo e, para esses, casos as simulações de Monte Carlo podem ser uma alternativa, tendo em vista que algumas etapas de projetos anteriores podem-se repetir, mas não significa que ela terá o mesmo custo.

No estudo feito por Pujitha e Venkatesh (2020) que se baseou no custo unitário da construção de uma escola, concluiu que tendo a informação do custo unitário para a concretagem de vigas lajes e pilares é possível se obter a precisão de até 95% no planejamento financeiro da obra, tendo todas as informações de sobre os custos diretos e indiretos (valor de homem/hora, impostos, insumos entre outros).

Outro estudo formulado por Chou, Yang e Chong (2009) concluiu que uma das melhores maneiras de se reduzir a probabilidade de falha e assim também diminuir o fundo de reserva de um projeto e investir em tecnologias para o gerenciamento no decorrer do projeto sendo que o custo pode ter uma variação de 4% a 13% dependendo da complexidade do projeto.

Existem muitas linhas de definição para planejamento, o qual deve ser a tônica do Plano Diretor aprovado pelo ente municipal. O ato de planejar, portanto, pode ser assimilado como um conjunto de análises indispensáveis para que se tenha capacidade de tomar decisões acertadas e executar transformações necessárias a fim de atingir a etapa final de um empreendimento com cumprimento exato ou antecipado de um cronograma.

Por meio do planejamento, constante nas diretrizes do plano municipal, consegue-se padronizar e ampliar o caráter do urbanismo dos prédios públicos e das áreas de lazer comum, como as praças. Possibilita-se que a obra flua eficientemente por ter uma comunicação mais bem definida, evitando desentendimentos entre engenheiros, mestres e encarregados. Outro ponto que torna o planejamento muito importante são os ajustes constantes que podem e devem ser feitos no processo de construção de um empreendimento (CHOU, YANG, CHONG, 2009).

Os princípios de planejamento e controle no processo de produção destes empreendimento vêm sendo ajustados na construção civil, porém, muitas vezes não são feitos de forma eficiente. A falta dessa eficiência pode ser vista em vários problemas apresentados neste processo, tais como: falta de visão global do processo, descuido das incertezas e necessidade de modificar o comportamento das pessoas ou processos envolvidos (FRADE, 2018).

Evidentemente que não se quer aqui colocar que somente a falta de planejamento seja o gargalo do setor público na realização de obras de seus prédios e de áreas comuns. Cuida-se

de um problema extremamente complexo, passando desde pela legislação aplicável que por vezes encarece o fornecimento da matéria-prima, até mesmo pela falta de solvência do próprio ente público.

Sucedo que é inevitável observar que o planejamento pode e deve ser aperfeiçoado no âmbito, inclusive do próprio plano diretor, aprovado pelo ente municipal, e que não pode ser ignorado. O plano diretor não pode ser meramente uma recomendação e muito menos ser limitado como, infelizmente, ocorre nas hipóteses do art. 41, incisos, da Lei nº 10.257/01.

Existindo o ente municipal, com sua autonomia política-administrativa, independentemente das circunstâncias, deveria ser obrigatória a formulação do plano diretor como instrumento do próprio urbanismo e ferramenta de planejamento. Mais do que isso: o plano diretor deveria incorporar mais a tônica do planejamento, o qual não pode ser deixado simplesmente ao talante político de cada ente municipal em um juízo de discricionariedade política.

Implica dizer, destarte, que o planejamento e as ferramentas da Arquitetura, do Urbanismo e do Direito, acaso bem assimilado no âmbito do Plano Diretor, permitem obter uma integração maior dos contornos e linhas dos prédios públicos e das praças e áreas de lazer comum. Além da questão de efetivar o direito fundamental à cultura, conforme se observa, o planejamento propicia uma economicidade maior.

Sem prejuízo dessa possibilidade de economicidade por intermédio de um acompanhamento planejado mais detido, outra situação deve ser levada em consideração na comunicação dos subsistemas mencionados: a acessibilidade. Nessa perspectiva, mister se faz que as obras públicas e, principalmente, as de acesso comum ao público, como as praças e vias, sejam instrumentos de inclusão social; jamais exclusão.

Os prédios públicos e as áreas comuns, sobretudo, as praças, sem prejuízo de perenizar os aspectos culturais de uma sociedade, deve ainda permitir uma maior inclusão social, principalmente das pessoas com deficiências. Trata-se de uma imposição da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e das obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito do art. 3º, b, c, da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A acessibilidade de acesso às pessoas de deficiência, a inclusão delas à sociedade, principalmente nas áreas de praças, destinadas ao lazer, é clarividente a imposição do ente público municipal no sentido de tornar realidade o dever de inclusão social. O ente público deve ser, enfim, o primeiro a dar o exemplo, promovendo a acessibilidade de suas obras, máxime naquelas destinadas ao lazer e à valorização cultural.

O direito à cultura, conforme declinado alhures, não é singular e muito menos restrito a um determinado grupo social. Ao contrário disso, é amplo, difuso, albergando diversas nuances e expressões. As pessoas com deficiências devem ser respeitadas e terem garantidas o seu direito à valorização cultural e, também, o de lazer. Sob essa premissa, logo se denota que o planejamento novamente atua de forma relevante nessa questão.

Realizados apontamentos sobre a relevância da estética e da funcionalidade dos prédios públicos e das praças públicas para fins da promoção da cultura, de economicidade e de acessibilidade, mister se faz discorrer sobre a integração dos subsistemas sociais e o desenvolvimento socioeconômico, tendo por lastro a teoria luhmanniana.

## **A INTEGRAÇÃO DOS SUBSISTEMAS SOCIAIS, A VALORIZAÇÃO CULTURAL E O DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO**

Conforme descrito anteriormente, inegável o reconhecimento do direito à cultura e da importância dos estudos dentro dos subsistemas da Arquitetura e do Urbanismo como forma de consolidar o próprio direito à cultura. Sucede, contudo, que a questão transcende a mera fórmula cultural, uma vez que traduz em conexões e elos intersistêmicos que denotam a importância das linhas, desenhos e planejamento dos prédios públicos urbanos.

A partir das premissas das concepções luhmannianas logo se observa uma intensa comunicação entre a Arte, a Arquitetura, mais precisamente Urbanismo e o Direito, o que ocorre por intermédio da abertura cognitiva e do acoplamento estrutural explicados alhures. Nesse passo, enquanto na Arte o programa é o estilo artístico e o código o belo/feio, tem-se, no Direito, o ilícito/lícito, enquanto código, e, por sua vez, os atos e normas como programação (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996).

A comunicação entre os diferentes sistemas ou subsistemas mencionados partiu da abertura cognitiva deles. Assim sendo, os instrumentos mencionados no tópico anterior, como o planejamento urbano, arquitetônico, orçamento paramétrico, entre outras alternativas, refletem maior economicidade à execução do projeto, sem prejuízo de consolidar o direito fundamental à cultura.

Evidentemente que não poderia haver uma escolha de Sofia, dentro da qual se colocasse, de um lado, o direito fundamental à cultura, ou seja o Subsistema do Direito, e, de outro vértice, a Arquitetura, a Arte e o Urbanismo. A necessidade e a possibilidade de uma maior otimização na gestão de recursos públicos para privilegiar as peculiaridades locais soou como uma necessidade comunicacional entre os Sistemas e os Subsistemas.

Não há como se negar que os traços dos prédios públicos podem e deveriam valorizar a identidade cultural local. Servir como de uso de bem público comum a fim de que a população possa usufruir e frequentar as áreas públicas, promovendo interações sociais, isto é, troca comunicacional. Não se cuida de um caráter voluptuário, mas sim de um movimento de valorização comunitária e de identidade cultural.

Conforme declinava Thierry Verhelst (1992), a cultura é fundamento ao desenvolvimento socioeconômico. Frisava o autor que diversas experiências europeias, sobretudo, nas então colônias americanas e africanas, fracassaram em razão da imposição de um modelo fabricado sem observar a identidade cultural (VERHELST, 1992), ou melhor, a imprescindibilidade de valorização da cultura local para o forjamento de uma fórmula desenvolvimentista.

É passível de se observar que a imprescindibilidade de agregar a economicidade, por intermédio do planejamento arquitetônico e urbanístico, aliado aos orçamentos paramétricos, ao Plano Diretor, possibilitam que os bens públicos de uso comum, máxime praças e prédios públicos, sejam instrumentos que agreguem uma expressão na confecção da própria identidade cultural.

Nesse passo, é fato notório que diversos países possuem a identidade cultural por meio de prédios e praças públicas: torres, praças, prédios de governos, entre outros itens, que resgatam a história e a identidade daquele povo. Essa circunstância não difere da realidade de alguns

municípios brasileiros que possuem sua economia atrelada ao turismo: patrimônio público tombado, a preservação cultural, enfim, é nítida o elo existente entre os sistemas e os subsistemas.

Com o decurso do tempo, verificou-se a transformação das praças em outras espécies de comunicação. Se na democracia ateniense, seu uso servia para a deliberação na vida da polis, manteve-se a sua utilização pela população, contudo, o intuito se tornou mais social do que eminentemente político. Ademais, a figura do potencial turístico a partir do resgate da história local se torna uma realidade passível de ser explorada.

O tempo analógico, sob esse prisma, denota a potencialidade da exploração turística e a possibilidade de se alinhar a economicidade, ao Plano Diretor, além do planejamento urbano e a consecução ao direito à cultura. O tempo digital, por seu turno, trouxe irritações entre os sistemas que permitiu que eles mesmos, em um movimento de autopoiese, pudessem desenvolver as ferramentas em seu bojo, como as exemplificadas.

A diversidade de caminhos trazido pela valorização dos contornos de prédios públicos e praças aponta para a comunicação entre sistemas e subsistemas que vai muito além do mero Direito, no âmbito do programa lícito/ilícito, e no atendimento à expectativa do próprio sistema, consoante a teoria luhmanniana aponta (LUHMANN, 2016).

Sob esse prisma, questões diversas, como a exploração do potencial turístico, a economicidade, a maior fidedignidade entre planejamento e resultado, apontam para o futuro do presente (LUHMANN, 2016), ou seja, ao que se visualiza no horizonte potencialmente.

O presente do futuro, correspondente ao que se existe já no mundo fenomênico (LUHMANN, 2016), denota a necessidade de se valorizar a potencialidade dos contornos de prédios públicos e da praça, bens públicos estes que não podem ser compreendidos como apenas de mero deleite diante da perspectiva proposta nesse estudo.

Não fosse o bastante, é fato que a realização de praças e de prédios públicos denotam gastos. Aliás, conforme sedimentam Holmes e Sustain (2019), todos os direitos impõem custos. Sucede que cultura, acessibilidade, lazer, economicidade são deveres do ente público, tal qual o planejamento e o plano diretor deveriam ser para aquele.

A eficiência, evidentemente, não pode ser lida apenas na figura de recursos financeiros jorrando nos cofres públicos, mas sim a partir da criação de um padrão coerente com a dignidade humana, decorrência esta da cláusula constitucional (art. 1º, III, CF/88). Em outras palavras, outros deveres estatais impõem uma atuação do ente municipal a fim de promover o mínimo de políticas públicas na consolidação dos direitos fundamentais.

A respeito disso, Holmes e Sustain (2019, p. 11) sintetizam: “[...] o valor de um direito não pode ser avaliado levando-se em conta somente sua contribuição positiva para o produto nacional bruto”. Amartya Sen (2010) destacava que o desenvolvimento socioeconômico deve ser compreendido como o movimento de expansão das liberdades reais, cabendo para tanto se extrair os itens que obstem esse processo expansionista.

Na própria lógica de Amartya Sen (2010), observa-se que a crise de efetividade de políticas públicas para a efetivação de direitos fundamentais, como a cultura, lazer, traz nítida crise ao desenvolvimento socioeconômico. Assim sendo, além das vantagens aqui discorridas, é necessário se ampliar o horizonte da compreensão das dimensões e das linhas dos prédios públicos e

das áreas comuns, como as praças públicas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arquitetura e os contornos de praças e prédios públicos são compreendidos, no âmbito do senso comum, como elementos prescindíveis, desnecessários, máxime diante do contingenciamento real dos gastos públicos. Sucede, contudo, que a figura arquitetônica é mais do que benfeitoria voluptuária, podendo, se vista em conjunto com demais sistemas e subsistemas, à luz da concepção luhmanniana, traduzir uma dimensão mais rica e plural.

Significa dizer, em outros termos, que a mera construção e estabelecimento de linhas dos prédios públicos e das praças precisa ser observada em comunicação com a Arquitetura, as Artes e o Urbanismo. Não se pode visualizar tal ponto sob o pálio apenas do senso comum, mas sim a perspectiva que pode ser haurida a partir de sua exploração de forma mais intensa e, principalmente, planejada.

Sob esse aspecto, para além de se consolidar o direito fundamental à cultura, o qual possui importante relevo constitucional, a perspectiva de trazer prédios que reflitam a arquitetura local e regional é de extremos relevo para a criação e expansão da própria identidade cultural. Mostra-se, nesse aspecto, impossível impor um sistema único de desenvolvimento socioeconômico, colocando de lado diretrizes locais e regionais.

Não fosse o bastante, extrai-se do próprio Subsistema da Arquitetura e do Urbanismo instrumentos que implicam economicidade. Assim sendo, os planejamentos das obras e o controle dos próprios entes municipais emergem como ferramenta principal, propiciando, ao lado da valorização cultural, uma otimização do gerenciamento de recursos financeiros públicos.

Importa ainda rememorar que vários países recebem alto volume de turistas pelos prédios e praças que possuem, demonstrando uma verdadeira identidade cultural, e que reverbera nas questões de ganhos socioeconômicos. No próprio Brasil, há variados entes subnacionais que possuem prédios que caracterizam sua história e promovem um fluxo turístico intenso.

Para além disso, impende a questão da acessibilidade e inclusão social às pessoas de deficiência, o que não pode ser jamais olvidado em se tratando de prédios públicos e praças. A sociedade moderna deve ser inclusiva por força constitucional. O planejamento e, principalmente, o plano diretor municipal devem refletir essa tônica inclusiva e decorrente do postulado da dignidade da pessoa humana.

Ademais, o planejamento urbano dos contornos dos prédios públicos e das praças não pode ser ignorado no âmbito do plano diretor, o qual deveria ser obrigatório a todos os entes municipais. Com efeito, em razão da importância do planejamento urbano, mostra-se incoerente limitar o plano diretor a apenas uma parcela de municípios, deixando outros sob o critério político. O planejamento e o plano diretor, por conseguinte, são imprescindíveis ao desenvolvimento socioeconômico municipal.

A teoria luhmanniana demonstra a importância da comunicação e o elo que elas propiciam entre os próprios subsistemas, o que torna clarividente com o assunto aqui abordado. Verificar, de fato, a potencialidade dos contornos dos prédios públicos e das praças, mais do que uma

benfeitoria voluptuária, reflete a concretização do direito à cultura, a possibilidade de fomento ao movimento turístico e, principalmente, a implantação da fórmula de economicidade ao se garantir maior fidedignidade entre planejamento e resultado.

## REFERÊNCIAS

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; ROSSIGNOLI, Marisa. O mínimo existencial na promoção do Estado de Bem-Estar Social em tempos de pandemia da COVID-19. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 171-190, 2021. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:F\\_nd8-chcm4J:revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8411/4308+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:F_nd8-chcm4J:revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8411/4308+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais de política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm). Acesso em: 18 dez. 2022.

CAMPELLO, Lívia Gaigher; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A valorização da identidade cultural como desafio à concretização do direito ao desenvolvimento. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 3-19, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3220>. Acesso em: 19 dez. 2022.

CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito: O construtivismo Lógico-Semântico. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2014.

CHOU, Jui-Sheng; YANG, I-Tung; CHONG, Wai Kiong. Probabilistic simulation for developing likelihood distribution of engineering project cost. *Automation in Construction*, Amsterdam, v. 18, n. 5, p. 570-577, 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.autcon.2008.12.001>. Acesso em: 18 dez. 2022.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. Tradução de Miguel Romero Perez. Mexico, DF: Universidad Iberoamericana, 1996.

FRADE, Luan Lima Aplicação da curva ABC no orçamento e controle de custos de uma residência unifamiliar. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Engenharia Civil) - Centro Universitário de Formiga, Formiga, 2018.

GOLDMAN, Patrick. Introdução ao planejamento e controle de custos na construção civil brasileira. São Paulo: Editora Pini, 2004.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, 16, 123-136, 2004. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/146>. Acesso em: 18 dez. 2022.

LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. Tradução de Saulo Krieger; tradução das citações em latim

Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NATARELLI, Talita. A cultura do povo e para o povo: direito fundamental erradicado. Cadernos de Campo: Revista de Ciências Sociais, Araraquara, n. 16, 2012. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/article/view/7316>. Acesso em: 18 dez. 2022.

PUJITHA, K. S. V. S.; VENKATESH, K. Forecasting the construction cost by using unit-based estimation model. Materials Today: Proceedings, Amsterdam, jun. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.matpr.2020.05.546>. Acesso em: 18 dez. 2022.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SILVA, Artur Stamford da. 10 Lições sobre Luhmann. Petrópolis: Vozes, 2022.

TAVES, Guilherme Gazzoni. Engenharia de custos aplicada à construção civil. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Engenharia Civil). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

TRINDADE, André. Para entender Luhman e o direito como sistema autopoiético. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

TRENNEPOHL, Dilson; BASSO, David; KOHLER, Romualdo; MACAGNAM, Roberto; SILVEIRA, Daniel Claudy da. Desenvolvimento e cultura: relações de sinergia e conflitos. Revista Desenvolvimento em questão, Ijuí, ano 5, n. 9, p. 147-161, jan./jun., 2007. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/141>. Acesso em: 18 dez. 2022.

TONASSO, Mariana Cavalcanti Pessôa. Zonas de conflito? Zoneamento e preservação do patrimônio cultural em São Paulo (1975-2016). 2019. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, 2019.

ULIANA, Márcia Bortoli. Dilemas de fronteira: o tereré, pucheiro e a sopa paraguaia em disputa pela legitimidade no patrimônio cultural douradense. Locus Revista de História, Juiz de Fora, v. 27, n. 1, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/31059>. Acesso em: 18 dez. 2021.

VITA, Jonathan Barros. Valoração aduaneira e preços de transferência: pontos de conexão e distinções sistêmica-aplicativas. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

VERHELST, Thierry G. O direito à diferença: identidades culturais e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Vozes, 1992.

YANG, I.-T. Simulation-based estimation for correlated cost elements. International Journal of Project Management, Amsterdam, v. 23, n. 4, p. 275-282, maio 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.ijproman.2004.12.002>. Acesso em: 18 dez. 2022.



# O tráfico de drogas no aeroporto internacional de Manaus: análise das ocorrências no ano de 2021

Ricardo Raposo Xavier Leite

*Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela UEA*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.146.8

## RESUMO

Diante do problema que o tráfico de drogas impõe à sociedade moderna, procurou-se com a presente pesquisa identificar como essa questão se insere no Aeroporto Internacional de Manaus, considerando sua importância estratégica para o Estado do Amazonas, ante o isolamento rodoviário manauara e a proximidade com países produtores de entorpecentes. A partir da análise de como se opera o narcotráfico em ambientes aeroportuários, e fazendo uso de metodologia quantitativa, levantou-se dados de ocorrências de tráfico no Aeroporto Internacional de Manaus no ano de 2021, de onde se extraiu que o cenário é preocupante, pois foram efetuadas muitas prisões de mulas, perfazendo apreensão de quantidade significativa de skunk (uma espécie de maconha com maior valor agregado). Com isso, concluiu-se que é crucial aos órgãos de repressão atuantes no Aeroporto Internacional de Manaus um esforço coordenado para que a repressão seja ainda mais efetiva, sem que isso impacte negativamente no fluxo célere das operações aéreas.

**Palavras-chave:** aeroporto de Manaus. repressão ao tráfico. tráfico de drogas.

## ABSTRACT

Faced with the problem that drug trafficking imposes on modern society, this research sought to identify how this issue is inserted in the Manaus International Airport, considering its strategic importance for the State of Amazonas, given the isolation of the Manaus road and the proximity with drug-producing countries. Based on the analysis of how drug trafficking operates in airport environments, and making use of a quantitative methodology, data on traffic incidents at Manaus International Airport in the year 2021 was collected, from which it was extracted that the scenario is worrying, since many mules were arrested, resulting in the apprehension of a significant amount of skunk (a type of marijuana with a higher added value). With this, it was concluded that it is crucial for the repression agencies operating at the Manaus International Airport to make a coordinated effort so that the repression is even more effective, without negatively impacting the swift flow of air operations.

**Keywords:** drug trafficking. manaus airport. traffic repression.

## INTRODUÇÃO

O combate ao tráfico de drogas é uma realidade da sociedade moderna, sendo reconhecidos os esforços, em maior ou menor grau, dos governos de praticamente todos os países em tentar enfrentar o narcotráfico, chegando alguns até mesmo a instituir aquilo que outrora se denominou de guerra às drogas, tamanha a dimensão do problema.

Ainda que atualmente haja países, como Holanda e Portugal, que toleram o consumo de alguns tipos de entorpecentes, em especial a maconha, fato é que globalmente se tem procurado combater as organizações criminosas que se dedicam ao tráfico ilícito de drogas, sendo exemplo maior disso a *Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas* (internalizada no Brasil pelo Decreto nº 154/1991).

Esse movimento tem um porquê: além de movimentarem cifras vultosas, que segundo o Escritório das Nações Unidas para Drogas – UNODOC chega a ser de 180 bilhões de dólares nos Estados Unidos e Europa, tais organizações são por vezes caracterizadas pela extrema violência e por conseguirem desestabilizar o convívio social, sendo exemplos clássicos disso os cartéis colombianos, cujo maior expoente foi *Pablo Escobar*, e mexicanos, cuja figura mais proeminente foi *El Chapo*.

No Brasil a situação não é diferente, sendo unânime na sociedade que nosso País está imerso numa *guerra interna* por causa das organizações criminosas que se dedicam ao tráfico de drogas, aqui conhecidas por *facções*.

Tanto isso é verdade que, segundo o *Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022*, o Brasil é o País com o maior número absoluto de homicídios do planeta, respondendo por incríveis 20,5% dos homicídios cometidos no mundo, mesmo possuindo apenas 2,7% dos habitantes. Outro dado revelador da dimensão do problema é que, segundo o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, praticamente um terço da população carcerária do País é relacionada ao tráfico de drogas.

A atuação das grandes facções criminosas nas maiores metrópoles brasileiras, como o PCC – *Primeiro Comando da Capital*, que chegou a parar a maior cidade do País em 2006, é uma triste representação de como o narcotráfico consegue desestabilizar a paz social, levando insegurança e reduzindo a qualidade de vida da população. Nesse ponto, não é exagero afirmar que o PCC fez em 2006 o que a pandemia da COVID-19 fez em 2020, pois as pessoas não podiam sair de casa.

No cenário amazonense também se vê claramente a evolução da atuação das facções criminosas, tanto aquelas cujas origens são locais, como a *FDN – Família do Norte*, como também a chegada de facções vindas de outras regiões, como o *CV – Comando Vermelho*, que chegam inclusive a disputar entre si a hegemonia na cena criminal local, sendo o maior exemplo desse fenômeno o episódio que ficou conhecido como o Massacre do COMPAJ, quando presos fizeram rebelião em presídios da cidade de Manaus e produziram cenas de verdadeira barbárie, causando repulsa nacional no início de 2017.

Nesse contexto, dada a magnitude do problema do narcotráfico, certamente o seu enfrentamento é bastante complexo, cabendo a uma série de instituições, públicas e privadas, atuarem nas mais diversas frentes desse combate. Isso vai desde a prevenção ao uso de entorpecentes nas escolas (a exemplo do *Programa Educacional de Resistência às Drogas – PROERD*), até a descapitalização das facções criminosas por organismos de combate à lavagem de dinheiro (a exemplo do *Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo – GAFI*), passando pelas ações de destruição de plantios, fechamento de laboratórios e, não menos importante, a apreensão de entorpecentes.

É dentro da atuação relacionada à apreensão de entorpecentes que está inserida a análise do tráfico no ambiente aeroportuário, uma vez que o modal aéreo, pela sua relevância na sociedade atual, é uma das formas de escoamento da droga, principalmente quando se considera a sua capacidade de interligação de regiões distantes num curto espaço de tempo.

E, no cenário amazonense, considerando sua posição geográfica próxima de países amplamente conhecidos como grandes produtores de entorpecente (Colômbia e Peru), certamente

é salutar que se questione: *Há tráfico de drogas no Aeroporto Internacional de Manaus? Qual a dimensão e perfil desse crime? Como se dá o seu enfrentamento?*

A relevância dessas questões decorre da necessidade de se identificar qual o panorama do narcotráfico no principal aeródromo da Amazônia Ocidental, e que serve à maior capital dessa região (Manaus), de onde ordinariamente somente é possível sair via fluvial ou aérea, já que a rodovia BR-319, que interligaria Manaus às demais regiões do País via terrestre, ainda não foi integralmente pavimentada.

Nesse contexto, o objetivo geral da presente pesquisa é identificar como ocorre e como é enfrentado o narcotráfico no Aeroporto Internacional de Manaus, sendo objetivos específicos traçar um panorama do Aeroporto, discorrer sobre as características gerais do tráfico em ambiente aeroportuário e levantar o perfil das ocorrências de tráfico no Aeroporto, tomando por referência temporal o ano de 2021.

Para a consecução desses objetivos a pesquisa será dividida em três seções, quais sejam: *O Aeroporto Internacional de Manaus; O tráfico de drogas em ambiente aeroportuário; e O perfil do tráfico de drogas no Aeroporto Internacional de Manaus em 2021.*

A primeira seção tem a finalidade de apresentar o Aeroporto Internacional de Manaus, contextualizando sua localização geográfica e a dimensão de sua movimentação de passageiros.

A segunda seção abordará as características gerais do tráfico de drogas em ambiente aeroportuário e como se opera o seu enfrentamento.

Já a terceira seção terá como foco traçar um perfil do tráfico de drogas no Aeroporto Internacional de Manaus, a partir de dados coletados junto à Polícia Federal com base nas ocorrências no ano de 2021.

No que toca ao aspecto metodológico, quanto aos fins a presente pesquisa será exploratória e explicativa. Já quanto aos meios a pesquisa será bibliográfica e documental, valendo-se também de método quantitativo.

## O AEROPORTO INTERNACIONAL DE MANAUS

O Aeroporto Internacional de Manaus – Brigadeiro Eduardo Gomes é o maior aeroporto da Amazônia Ocidental<sup>1</sup>. Atualmente administrado por uma empresa concessionária francesa (*VINCI Airports*), foi fundado em 1976 e possui capacidade para 13,5 milhões de passageiros por ano<sup>2</sup>.

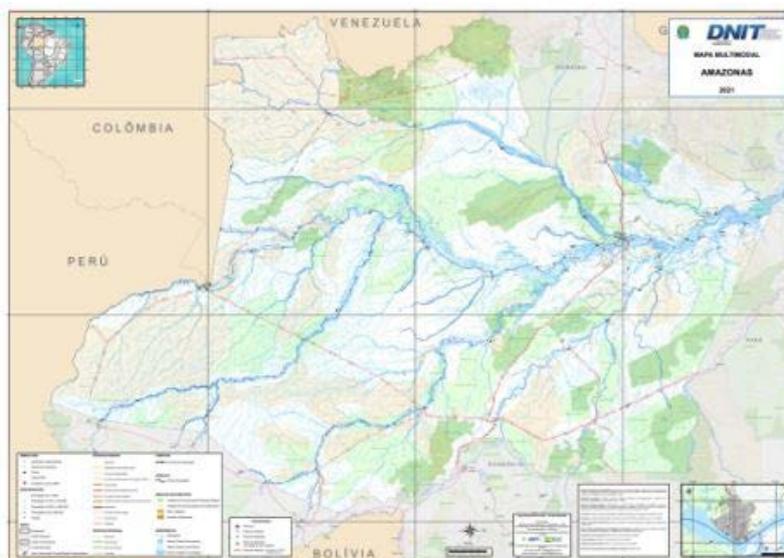
Localizado na capital do Estado do Amazonas, possui relevante importância estratégica tanto por ajudar a suprir a demanda logística do Polo Industrial de Manaus, que impulsiona o transporte de carga, como para fazer frente ao isolamento geográfico manauara.

Nesse último ponto, é importante se observar dois aspectos cruciais: o primeiro é que Manaus não é servida por uma rede ferroviária; o segundo é que a malha rodoviária é bastante

1 Informação extraída de dados públicos de movimentação de passageiros e carga disponibilizados pela INFRAERO - <https://transparencia.infraero.gov.br/estatisticas/>. Acesso em 17/09/2022.

2 Informação disponibilizada publicamente pela Administradora Aeroportuária: <https://airport-manaus.com.br/pt-br#one>. Acesso em: 17/09/2022.

escassa e consegue interligar a capital amazonense apenas com alguns poucos municípios da sua região metropolitana e com o Estado de Roraima, conforme se extrai do mapa multimodal do *Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT*:



**Fonte: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT**

Da análise do mapa pode-se pensar que, a despeito da escassa malha rodoviária, Manaus é bem servida por uma rede hidroviária, com rios navegáveis à disposição. E, de fato, a malha hidroviária é bem ampla e permite conectar a capital amazonense aos Estados do Acre, Rondônia e Pará, de onde a interligação às demais regiões do País pelas rodovias é plenamente possível.

Todavia, o transporte fluvial, apesar de ter grande capacidade de carga, é um modal reconhecidamente lento, ainda mais em se considerando a característica sinuosa dos rios da Amazônia. Além disso, esse modal enfrenta o problema da pirataria, fenômeno criminoso onde embarcações são alvos de ataques e roubos na região<sup>3</sup>.

Daí sobrepõe a importância singular, na região amazônica, do modal aéreo, caracterizado pela maior agilidade e segurança no transporte de passageiros e mercadorias, apesar do custo mais elevado.

É nesse contexto que somente no ano de 2021 foram movimentados no Aeroporto Internacional de Manaus cerca de dois milhões e duzentos mil de passageiros e cem mil toneladas de carga, com pouco mais de trinta e nove mil pousos e decolagens<sup>4</sup>.

Todavia, se por um lado o Aeroporto Internacional de Manaus assume sua relevância estratégica para suprir as necessidades econômico-sociais da região onde está inserido, por outro há um fator geográfico que lhe traz consequências indesejadas: o Amazonas possui vasta fronteira com a Colômbia e o Peru, dois dos maiores países produtores de droga do mundo, segundo o *Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime - UNODC*<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> NASCIMENTO, Celio Litwak. *Emprego da Marinha do Brasil na Garantia da Lei e da Ordem nos rios da Amazônia Oriental. Âncoras e Fuzis*, n. 50, p. 94-94, 2019.

<sup>4</sup> Informação extraída de dados públicos de movimentação de passageiros e carga disponibilizados pela INFRAERO - <https://transparencia.infraero.gov.br/estatisticas/>. Acesso em 17/09/2022.

<sup>5</sup> *World Drug Report 2021 (United Nations publication, Sales No. E.21.XI.8)*.

Nesse ponto, interessante o mapa de Larissa Agostinho Ribeiro<sup>6</sup>:



Como os países produtores precisam escoar sua produção, o Amazonas funciona como um dos “corredores” para a distribuição da droga<sup>7</sup>, razão pela qual revela-se importante entender como o Aeroporto Internacional de Manaus está inserido nessa rede do narcotráfico.

Contudo, antes de se enfrentar o caso específico do Aeroporto Internacional de Manaus, é salutar traçar um panorama geral do modus operandi do tráfico nos aeroportos, com vistas a entender suas características.

## O TRÁFICO DE DROGAS EM AMBIENTE AEROPORTUÁRIO<sup>8</sup>

Quando lançam mão do tráfico de drogas em voos comerciais os narcotraficantes não realizam remessa de grandes carregamentos de droga de uma só vez, diferente do que fazem em embarcações, caminhões ou mesmo aviões privados de pequeno porte, onde é comum haver o transporte de centenas ou milhares de quilos de droga conjuntamente.

Por meio da utilização da aviação comercial as organizações criminosas procuram distribuir seu entorpecente em remessas menores, de forma difusa, com o objetivo de chegar a variados destinos de forma célere e com menor risco de perda de quantidades relevantes de mercadoria.

A lógica por trás da utilização do ambiente aeroportuário e da aviação comercial é se valer de locais por onde transitam milhares de pessoas diariamente - com elevada movimentação de passageiros, bagagens e cargas -, nos quais a celeridade dos fluxos deve ser sempre observada, pois os horários precisam ser respeitados à risca, de modo que o controle, por vezes, acaba por ser menos rigoroso.

Sim, há uma aparente contradição que, a princípio, favorece os narcotraficantes, qual

<sup>6</sup> RIBEIRO, Larissa Agostinho et al. *A logística do narcotráfico na bacia do rio Amazonas: o impacto na securitização da Tríplice Fronteira entre Brasil, Colômbia e Peru*. 2022.

<sup>7</sup> RIBEIRO, Larissa Agostinho et al. *A logística do narcotráfico na bacia do rio Amazonas: o impacto na securitização da Tríplice Fronteira entre Brasil, Colômbia e Peru*. 2022.

<sup>8</sup> Esta seção tomou por base o trabalho desenvolvido pela Policial Federal Márcia Maria Cavalcante Carvalho Maciel em sua obra: *Atuação do Núcleo de Combate ao Tráfico Internacional de Drogas no Aeroporto de Fortaleza/CE*. Cadernos ANP, n. 21, 2012.

seja: por mais que a aviação comercial e o ambiente aeroportuário sejam altamente controlados, havendo diversas instituições ali atuantes que em tese inibiriam o tráfico, a velocidade da aviação exige que todas as etapas de controle sejam céleres e, por vezes, automatizada, de modo que ao final é possível que os traficantes consigam “passar” a mercadoria ilícita sem ser detectada.

Além disso, e não menos importante, no fluxo de movimentação dos passageiros, bagagens e carga pelo ambiente aeroportuário há pontos de controle realizados por atores diferentes, integrantes de diversas empresas privadas e órgãos governamentais, de modo que a cooptação de um deles - mediante suborno, por exemplo - compromete toda a cadeia de vigilância.

Vale dizer, aos órgãos incumbidos do enfrentamento do narcotráfico no ambiente aeroportuário (em regra a Polícia Federal, na forma do art. 144, §1º, incs. II e III da Constituição Federal) cabe a tarefa de conciliar a repressão ao tráfico sem afetar a regular continuidade das operações aeroportuárias.

Noutras palavras, o órgão policial tem que reconhecer os meios empregados pelos narcotraficantes para transportar a droga em determinado aeroporto e, ao mesmo tempo, utilizar os mecanismos de fiscalização mais adequados para frustrar a empreitada criminosa sem inviabilizar a celeridade intrínseca da aviação comercial.

A casuística de cada aeroporto será diferente, visto que as organizações criminosas se valem de diversos modus operandi para alcançar o objetivo de fazer a remessa da droga ao destino. De todo modo, podem ser destacadas as modalidades abaixo:

- a) Drogas escamoteadas em carga aérea;
- b) Drogas ocultas em bagagens despachadas;
- c) Drogas escondidas em mochilas/bolsas de mão;
- d) Drogas enroladas nos corpos de passageiros (vulgarmente chamados de “mulas”);
- e) Drogas engolidas por passageiros;
- f) Drogas inseridas em bagagens despachadas por funcionários de empresas que atuam no próprio aeroporto (sem ciência do passageiro); e
- g) Drogas transportadas por tripulantes de aeronaves.

Diante da variedade e engenhosidade dos meios utilizados pelos narcotraficantes, a repressão policial deve se especializar para que ela seja efetiva. Por isso, da mesma forma que a casuística do tráfico varia, o enfrentamento também se vale de técnicas diversas, a saber:

- a) Inspeção de raio-x de cargas, bagagens despachadas e volumes de mão;
- b) Inspeção manual de bagagens de mão;
- c) Revistas pessoais;
- d) Entrevistas pessoais;
- e) Monitoramento de comportamentos e perfis suspeitos;
- f) Inspeção por cão farejador;

- g) Análise de listas de passageiros;
- h) Inteligência; e
- i) Cooperação interagências.

Cada técnica tem a sua importância e a sua aplicabilidade apropriada, a depender do tipo de transporte de droga que se busca encontrar na casuística de determinado aeroporto. De todo modo, é inegável que as ferramentas de inteligência e de cooperação interagências, com a análise de dados e o intercâmbio de informações, são fundamentais para o êxito no enfrentamento ao narcotráfico no ambiente aeroportuário.

Visto isso, parte-se agora para a análise do caso concreto objeto da presente pesquisa.

## O PERFIL DO TRÁFICO DE DROGAS NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE MANAUS EM 2021

Para se responder à pergunta formulada no princípio desta pesquisa, vale dizer, para se descobrir se o Aeroporto Internacional de Manaus é utilizado pelo narcotráfico como um dos pontos de sua rede de distribuição, tomou-se por base a análise das ocorrências registradas pelo Núcleo de Polícia Aeroportuária da Polícia Federal no ano de 2021<sup>9</sup>.

E, logo de início, deve-se responder que sim, o Aeroporto Internacional de Manaus está inserido no contexto do tráfico de drogas da região. Isso porque somente no ano de 2021 foram apreendidos mais de 700 quilos de droga no Aeroporto Internacional de Manaus, tendo sido registradas 167 ocorrências de tráfico, assim distribuídas:



Do gráfico acima nota-se que a utilização das *mulas* é a modalidade preponderante na atividade do narcotráfico que transita pelo Aeroporto Internacional de Manaus, sendo bem mais recorrente que a apreensão de drogas escondidas em cargas aéreas, por exemplo. Em relação às *mulas*, interessante se observar os dados a seguir, que refletem seu *modus operandi*:

Em relação ao gráfico acima, chama a atenção a tentativa mais frequente de ludibriar a fiscalização aeroportuária, com as *mulas* sendo literalmente enroladas com a droga em seus corpos, como ilustram bem as imagens da Polícia Federal abaixo:

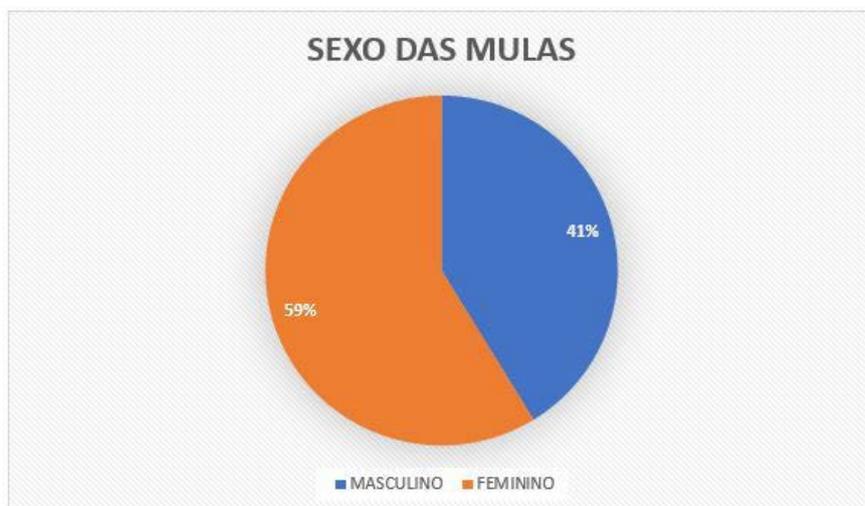
<sup>9</sup> A obtenção dos dados foi devidamente autorizada pela Corregedoria da Polícia Federal no Amazonas (processo nº 08240.008124/2022-36).



Essa tática de enrolar a droga nos corpos das mulas é bastante utilizada pelos traficantes uma vez que dessa maneira evita-se que a droga seja identificada pelos aparelhos de raio-x dos aeroportos.

Nesse ponto, deve-se observar que os passageiros, a rigor, não são submetidos à inspeção em equipamentos raio-x, mas apenas ao detector de metal, sendo certo que por se tratar de substância orgânica a droga junto ao corpo poderia passar sem ser notada, caso a fiscalização não utilize a técnica de análise comportamental e de perfil para proceder à revista de passageiros suspeitos.

Interessante ainda notar que, como o objetivo dos traficantes é sempre ludibriar a fiscalização, chama a atenção a grande utilização de mulheres nesse tipo de crime, senão vejamos:



Outro ponto que merece destaque é que os traficantes lançam mão até mesmo de menores de idade nesse tipo de serviço, embora em menor quantidade, haja vista que o nervosismo excessivo é fator de alerta para os agentes da fiscalização aeroportuária:



No que concerne ao tipo de droga mais traficada no Aeroporto Internacional de Manaus, os dados coletados demonstram cabalmente que o skunk (uma espécie de maconha mais potencializada) é preponderante:

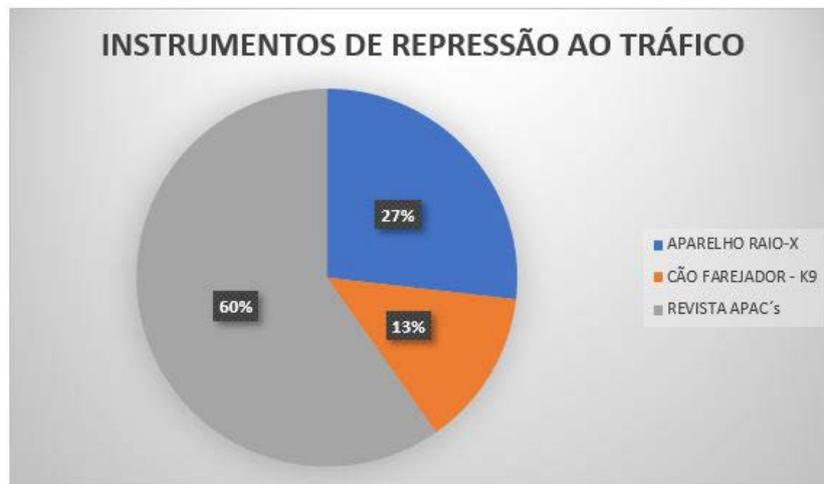


Quanto ao destino da droga, foi identificado somente um único caso de tráfico internacional partindo do Aeroporto Internacional de Manaus, envolvendo cocaína, a demonstrar que o Aeroporto é um ponto de distribuição doméstica do *skunk*, não sendo utilizado para o tráfico internacional, até mesmo pela baixa quantidade de voos para o exterior partindo da capital manauara.

Quanto à quantidade de droga transportada pelas *mulas*, identificou-se que nenhuma mula transportou mais de 04 quilos de droga na modalidade *junto ao corpo*, sendo que a maioria transportava por volta de 02 quilos de entorpecentes, isso em razão da necessidade de tentar ocultar o entorpecente sob a roupa sem chamar a atenção.

Os maiores volumes transportados são ordinariamente por bagagem de mão e bagagem despachada, além da carga aérea, mas raramente ultrapassam 15 quilos por remessa, pois a fiscalização é bem rigorosa nas bagagens, em razão da utilização de equipamentos de raio-x.

Em relação ao enfrentamento ao tráfico de drogas, deve-se destacar que várias são as formas que as instituições atuantes no Aeroporto Internacional de Manaus utilizam para reprimi-lo, mas destacam-se:



O gráfico acima demonstra que, como no Aeroporto Internacional de Manaus o *modus operandi* mais utilizado pelos traficantes é enrolar a droga nos corpos das *mulas*, revela-se de grande valia o trabalho de análise comportamental e revista feito pelos *Agentes de Proteção da Aviação Civil – APAC's* nos canais de inspeção, sob supervisão da Polícia Federal.

De igual modo, deve-se destacar que a utilização dos agentes caninos (K9), tanto pela Polícia Federal como Receita Federal, tem mostrado resultado, pois os cães farejadores conseguem ajudar a *filtrar* dentre as milhares de bagagens despachadas quais tem maior probabilidade de estarem transportando droga em seu interior, otimizando assim o trabalho fiscalizatório e diminuindo o impacto no fluxo dos voos.

Por fim, deve-se destacar que são de extrema relevância os aparelhos raio-x, instrumentos tecnológicos de ponta sem os quais vários carregamentos de entorpecentes não seriam descobertos.

As imagens da Polícia Federal abaixo são bem ilustrativas:



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da presente pesquisa foi possível observar que o tráfico de drogas é modalidade criminosa nefasta para a sociedade e que vem sendo objeto de repressão pelos Estados nacionais.

Nesse contexto, o Brasil está inserido numa realidade em que facções criminosas voltadas ao narcotráfico atuam em todas as regiões, inclusive a Amazônica, onde está inserido o Aeroporto Internacional de Manaus.

Identificou-se que esse Aeroporto possui importância estratégica para a cidade de Manaus, uma vez que atua na recepção dos insumos e envio dos produtos do Polo Industrial de Manaus, além de ser um ponto de chegada e saída de pessoas, ante o isolamento geográfico da capital amazonense.

Observou-se ainda que, em razão dos países vizinhos Peru e Colômbia serem grandes produtores de entorpecentes, o Amazonas virou um corredor de escoamento de droga, que chegam a Manaus pelos rios e são daqui distribuídas.

E é como um ponto de distribuição doméstico, principalmente de *skunk*, que funciona o Aeroporto Internacional de Manaus, onde em 2021 foram apreendidos mais de setecentos quilos de entorpecente, que seriam levados para diversos Estados da Federação pelas *mulas do tráfico*, as quais na maior parte dos casos utilizam seus próprios corpos para escamotear a droga, na tentativa de ludibriar a fiscalização.

Sobre essa fiscalização, identificou-se que ela atua de forma coordenada no Aeroporto Internacional de Manaus, envolvendo principalmente Agentes de Proteção da Aviação Civil, Policiais Federais e Fiscais da Receita Federal, que lançam mão de três técnicas principais: análise comportamental c/c revista pessoal, raio-x e cão farejador.

De todo modo, ao longo da pesquisa identificou-se que, apesar dos esforços e bons resultados apresentados, ainda não há uma estrutura específica voltada para o combate ao narcotráfico no Aeroporto Internacional de Manaus - como há por exemplo no Aeroporto Internacional de Fortaleza -, de modo que seria importante instituir uma unidade interagências destinada exclusivamente para isso.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. Estudos avançados, v. 21, p. 7-29, 2007.

DE FARIA, Edimur Ferreira; REZENDE, Renato Horta. Responsabilidade civil no caso do massacre de presos no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), em 01º de janeiro de 2017. Revista Jurídica, v. 2, n. 51, p. 456-479, 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. SISDEPEN - <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em 14/09/2022

EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA. <https://transparencia.infraero.gov>.

br/estatisticas/. Acesso em 17/09/2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 2022.

MACIEL, Marcia Maria Cavalcante Carvalho. Atuação do Núcleo de Combate ao Tráfico Internacional de Drogas no Aeroporto de Fortaleza/CE. Cadernos ANP, n. 21, 2012.

NASCIMENTO, Celio Litwak. Emprego da Marinha do Brasil na Garantia da Lei e da Ordem nos rios da Amazônia Oriental. Âncoras e Fuzis, n. 50, p. 94-94, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. World Drug Report. Sales No. E.21.XI.8, 2021.

RIBEIRO, Larissa Agostinho *et al.* A logística do narcotráfico na bacia do rio Amazonas: o impacto na securitização da Tríplice Fronteira entre Brasil, Colômbia e Peru. 2022.

VINCI AIRPORTS. <https://airport-manaus.com.br/pt-br#one>. Acesso em: 17/09/2022.



# Inquérito policial e métodos de identificação humana: prevenção e repressão ao crime de tráfico de pessoas

Daially Hiller Guimarães

*Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2014). Pós-Graduada em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2017). Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural - IDC (2018). Aluna especial do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal de Rio Grande – FURG (2020-2021). Advogada. Juíza leiga do Juizado Especial Cível-TJRS. Revisado por Carla Gonçalves Távora.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.146.9

## RESUMO

O inquérito policial é um procedimento administrativo, instaurado pelo departamento de polícia, consistindo no conjunto de diligências para, através da investigação, obter a autoria e materialidade do delito. A identificação humana é fundamental para o inquérito policial, além do reconhecimento do sujeito, pode detectar circunstâncias para a precisão nos julgamentos. O objetivo geral deste estudo é apresentar os direitos humanos frente ao inquérito policial. A metodologia é uma pesquisa bibliográfica, utilizando artigos científicos, trabalho de conclusão, dissertação e livros nos últimos 10 anos para uma abordagem qualitativa para a explicação e descrição do tema. Os resultados apontam que o inquérito policial é uma investigação do crime realizada pela autoridade policial, originada na Lei nº 2.033/1871. Há aspectos essenciais do inquérito policial, como: a instauração do inquérito tem a finalidade de coletar novas provas para o julgamento, série de diligências estabelecidas pelo Decreto-Lei nº 3.689/1941, sendo uma investigação com uma maior valoração probatória a respeito dos elementos informativos coletados e o exame de corpo de delito é a análise dos vestígios materiais do crime. A identificação das vítimas é a construção de uma linha inicial de investigação, a primeira etapa é a verificação da vítima, se encontra viva ou morta, para então, determinar as técnicas para a identificação humana, através do DNA, impressões dentárias, datiloscopia, fotografia, tatuagem, exame de ossadas, perícia em corpo carbonizados, segmentos corporais e corpos em decomposição. Diante disso, a discussão aborda que no inquérito policial com o intuito de realizar a investigação e coleta de provas da violação dos direitos, o departamento da polícia precisa assegurar os direitos do sujeito estabelecido na Constituição de 1988 até o julgamento. O Estado também precisa realizar a investigação sem ferir os seus direitos e liberdades fundamentais, e quando há casos de morte, a vítima tem a preservação do direito da dignidade até durante a identificação de sua identidade e causa mortis. Em casos de tráfico de pessoas, crime que vem apresentando um alto crescimento de registros, o inquérito policial é de extrema relevância para identificar o grupo de pessoas que mais sofre, os fatores e possíveis regiões onde o tráfico humano mais ocorre, possibilitando adotar medidas preventivas e repressivas para uma maior segurança pública.

**Palavras-chave:** inquérito policial. identificação humana. direitos humanos. tráfico humano.

## ABSTRACT

The police inquiry is an administrative procedure, instituted by the police department, consisting of the set of steps for, through the investigation, obtain the authorship and materiality of the offense.. The human identification is fundamental for the police investigation, allowing the recognition of the subject and circumstances for precision in the judgments. The general objective is to present human rights in the face of the police investigation. The methodology is a bibliographical research, using scientific articles, conclusion work, dissertation and books in the last 10 years for a qualitative approach to the explanation and description of the theme. The results indicate that a police inquiry is an investigation of the crime carried out by the police authority, originated in Law nº 2.033/1871. There are essential aspects of the police investigation, such as: the opening of the investigation has the purpose of collecting new evidence for the trial, a series of steps established by Decree-Law nº 3.689/1941, being an investigation with an appreciation of its probative value regarding the information collected and the examination of the corpus delicti is the analysis of the material traces of the crime. The identification of victims is the construction of an initial line of investigation, the first step is the verification of the victim, if he is alive or dead, to then, determining the techniques for the identification of the corpse, through DNA, dental impressions, typing, photography, tattooing, examination of bones, expertise in charred bodies, body segments and

decomposing bodies. In view of this, the discussion addresses that in the police investigation in order to carry out the investigation and collect evidence of the violation of rights, the police department needs to ensure the rights of the subject established in the 1988 Constitution until the trial. The State also needs to carry out the investigation without harming their fundamental rights and freedoms, and when there are cases of death, the victim has the preservation of the right to dignity even even during the investigation of your identity and causes mortis. In cases of trafficking in persons, a crime that has been presenting a high growth in records, the police inquiry is extremely relevant to identify the group of people who suffer the most, the factors and possible regions where human trafficking occurs most, enabling preventive measures and repressive for greater public safety.

**Keywords:** inquiry police. human identification. human rights. human traffic.

## INTRODUÇÃO

A identificação de cadáveres depende de abordagens multidisciplinar para identificar as características singulares que definem a identidade do indivíduo (EPICALSKY *et al.*, 2020). Esse processo de identificação é fundamental para reconhecer cadáveres em situações em que há dificuldade de visualização das suas características.

Os corpos em situações de esqueletizados, mutilados, putrefeitos ou carbonizados requerem o trabalho da perícia e métodos para a coleta de dados, conforme o estado da vítima e as circunstâncias como foi encontrado (PEREIRA *et al.*, 2021).

Por isso, a identidade humana precisa de procedimentos técnico-científicos para determinar a pessoa, há várias técnicas a serem aplicadas com essa finalidade, porém, a escolha da técnica depende do estágio de conservação do corpo (GONÇALVES *et al.*, 2014).

Segundo Amicci (2015) a identificação, é devido o reconhecimento do indivíduo, através de suas características físicas. A identificação precisa atender quatro requisitos, como: unicidade, onde os dados coletados sejam suficientes para identificar; mutabilidade, os dados coletados precisam permanecer idênticos para não alterar o resultado (peso e cor dos cabelos são alteráveis); praticabilidade, os dados de difícil obtenção não deve ser optados para a coleta; classificabilidade, os dados devem ser classificados e armazenados.

A importância do reconhecimento do ser humano é fundamental para o inquérito policial, visto que sua tarefa é de extrema necessidade para a sociedade, onde trazem precisão nos julgamentos e reduzem riscos de erros e prejuízos (SOUZA e TAVEIRA, 2018).

O objetivo geral é apresentar os direitos humanos frente ao inquérito policial. A metodologia de desenvolvimento é referente a uma pesquisa bibliográfica, a qual utiliza artigos científicos, trabalho de conclusão, dissertações e livros publicados nos últimos 10 anos (2012-2022), os dados foram buscados no Google Acadêmico, onde serão analisados de forma qualitativa para a explicação e descrição do tema.

## **INQUÉRITO POLICIAL**

### **Surgimento**

O inquérito policial é um instrumento do Estado com o objetivo de investigação de fato tipificado como delito, com o intuito de buscar a verdade através de dados (MARCÃO, 2014). O inquérito policial foi oficializado no direito brasileiro pelo Decreto nº 4.824/1871, onde o Estado monárquico tinha a preocupação com os direitos e garantias individuais (RANGEL, 2014).

O contexto histórico do inquérito policial surgiu na Roma, com a função de investigarem o delito a fim de que localizassem o criminoso, no Brasil, o Código de Processo Penal no ano de 1832 foi o primeiro a abordar procedimentos administrativos realizados por Inspetores de Quarteirões (COSTA, 2013).

A Lei nº 2.033/1871 regulamenta o inquérito no Brasil, o Decreto nº 4.824/1871, menciona no artigo 42 que o Inquérito Policial tem por objetivo averiguar os fatos criminosos, desde suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices (COSTA, 2013).

### **Finalidade**

O inquérito policial é denominado investigação preliminar, sendo uma obrigação do Estado agir e efetivar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Na Carta Magna há previsto no artigo 144, parágrafo 7º, que existe uma “organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública”. Possui, portanto, o Estado, uma obrigação com a segurança pública, de modo que o inquérito policial é utilizado como método para auxiliar a solucionar os crimes e auferir a autoria (DARBAN, 2012).

O objetivo do inquérito policial é investigar um crime e fornecer evidências para comprovar e promover a ação penal, a finalidade é a apuração do fato que configura a infração penal, para assim se realizar a ação penal ou providências cautelares (CAPEZ, 2015).

Este procedimento administrativo é um instrumento do sistema de justiça criminal para elucidar fatos criminosos e angariar elementos de prova/indícios de autoria delitiva, sendo composto por um conjunto de diligências de responsabilidade policial para a apuração de uma infração penal (CAPEZ, 2015; MIGUEL, 2020).

### **Competência**

A competência é investida pelo poder de julgar e exercer sua jurisdição. A competência de presidir o Inquérito Policial é da autoridade policial, a Constituição Federal de 1988 estabelece que a segurança pública é dever do Estado, além de que é um direito e dever de todos, cabendo aos profissionais da polícia civil a competência para a apuração de infrações penais e funções de polícia judiciária (RANGEL, 2014; BRASIL, 1988, Art.144).

O inquérito policial e a investigação criminal são competência do Delegado de Polícia, onde sua atuação é exclusiva e necessária, visto que não há nenhum outro órgão privado ou público que interfira no procedimento extrajudicial (BATISTA, 2015).

## Instauração

A instauração do inquérito se dá nos termos do artigo 5º, do Código de Processo Penal, sendo por requisição do Ministério Público, onde o promotor de justiça, com base nos documentos coletados, encaminha para a autoridade policial uma requisição da instauração do inquérito, sendo responsabilidade e obrigação do delegado instaurá-lo e dar início às investigações (DINIZ, 2020).

Se a instauração ocorrer através de requerimento do ofendido, quando há a finalidade de conseguir provas, e caso venha a existir auto de prisão em flagrante, há obrigação de instaurar o inquérito conforme as formalidades e realizar um relatório conclusivo com prazo máximo de vinte e quatro horas (DINIZ, 2020).

Há igualmente a possibilidade de instauração do inquérito requisitada por qualquer pessoa que tenha conhecimento do fato criminoso, essa solicitação pode ocorrer de forma verbal ou escrita à autoridade policial (MARINHO, 2021).

## Procedimentos e diligências

O inquérito policial é um procedimento persecutório de caráter administrativo tem como destinatários o Ministério Público, titular da ação penal pública e privada, e o ofendido (CF, artigo 129 e artigo 30), e destinatário mediato o juiz. O juiz utiliza os elementos de informação para o recebimento da peça inicial e formação do seu convencimento para a decretação de medidas cautelares (MIGUEL, 2020).

O inquérito policial é constituído por uma série de procedimentos, o Decreto-Lei nº 3.689/1941 especifica que as providências são realizadas da seguinte forma:

Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - Dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - Apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - Ouvir o ofendido;

V - Ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - Proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - Determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - Ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - Averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime

e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - Colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa (BRASIL, 1941).

É importante realizar tais procedimentos, sendo necessários para o descobrimento dos fatos criminosos, suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices. Uma etapa fundamental para conseguir qualificar o réu e prosseguir com a denúncia (LIMA, 2017, p. 106).

Conforme Rodrigues (2019) para o inquérito ser encerrado precisa-se das conclusões das diligências e a elaboração de um relatório com os resultados, da mesma forma, é relevante estabelecer os motivos para não realizar algum procedimento.

## **Valor probatório**

No Decreto-Lei nº 3.689/1941, em seu artigo 155, há a previsão de que cabe ao juiz, com base no inquérito policial, condenar, aplicando um valor probatório aos elementos colhidos na fase policial, que serão apreciados segundo a convicção íntima do magistrado e influenciarão no julgamento (SILVA JUNIOR, 2018).

Assim, é razoável que o inquérito policial apresente uma maior credibilidade ao valor probatório dos elementos informativos coletados sob a presidência de um delegado de polícia e peritos técnicos na realização das diligências (SILVA JUNIOR, 2018).

## **Exame de corpo de delito**

No Decreto-Lei nº 3.689/1941 encontra-se previsto no artigo 6º que quando do conhecimento sobre a prática da infração penal, é responsabilidade da autoridade policial que determine a procedência do exame de corpo de delito e outras perícias (BRASIL, 1941).

O exame de corpo de delito é realizado através de vestígios materiais do crime, e o exame indireto é a coleta de depoimentos de testemunhas, visto que esses dados estão ausentes dos vestígios materiais do crime (LOPES, 2014).

## **IDENTIFICAÇÃO**

### **Finalidades e etapas**

A identificação das vítimas é uma etapa essencial para as investigações criminais, pois contribui para a construção de uma linha inicial de investigação. A identificação de um corpo é considerada uma prova material incontestável em crimes (FREITAS, 2013). A identificação de cadáveres ocorre em situações catastróficas, homicídios com partes corporais das vítimas, sepultamento em covas, carbonização, etc. (JOBIM; COSTA e SILVA, 2012).

A primeira etapa na identificação do cadáver é a chegada no local do crime, onde o policial sendo o principal sujeito da investigação realiza a verificação da vítima, se encontra viva ou morta. Caso confirme a morte, é fundamental isolar o local e seguir o que determina o Decreto-Lei nº 3.689/1941 no artigo 6º (ESPINDULA, 2012).

Logo após ocorre a verificação do corpo para determinar as técnicas que propiciam uma maior qualidade e agilidade à equipe para registrar e identificar o cadáver sem acarretar perda do conteúdo (GOWDA; MOHAN e HEMAVATHI, 2016).

## **Métodos de identificação**

### **DNA**

A identificação por Ácido Desoxirribonucleico (DNA) ocorre através de um conjunto de princípios e procedimentos analíticos, que evidenciam a existência de elementos biológicos com informações das características dos seres humanos. Esses genes são conceituados por trechos de uma molécula filamentar com dupla hélice (FREITAS, 2013).

Os genes têm a informação de sintetizar uma proteína representada por características físicas dos sujeitos (FREITAS, 2013). Jobim; Costa e Silva (2012) explicam que os genes contêm uma estrutura de cromossomo, onde cada diferença no gene determina as características de cada pessoa.

### **Impressões dentárias**

As marcas de mordida são importantes para a identificação, ABFO (2018) explicam que a mordida humana apresenta como uma lesão de formato circular ou oval, possibilitando identificar as características da dentição do autor, através de contusões, estrias, lacerações, abrasões, tamanho, formato, disposição, distribuição das superfícies oclusal/incisal e a lingual dos dentes anteriores.

### **Datilosopia**

A datilosopia é a identificação humana por meio das impressões digitais, uma vez que os seres humanos apresentam impressões palmares, ou seja, as impressões dos dez dedos, possibilitando encontrar as informações dos indivíduos (FREITAS, 2013).

### **Fotografia identificativa e o Método de Bertillon**

A fotografia é um dos processos de identificação criminal, atualmente, com a moderna tecnologia, a fotografia apresenta contribuições complementares e genuínas, eis que a foto abrange o rosto de frente e perfil com dados de altura armazenada no banco de dados da Secretaria de Segurança, sem a necessidade de autorização judicial para colhê-la, contudo, apresenta falhas, devido à mutabilidade da aparência (LOPES JUNIOR, 2013).

O método Bertillon aborda o sistema antropométrico para estudar as características físicas, culturais e sociais dos seres humanos, onde a identidade é realizada pelas medições corporais, como “estatura, envergadura, altura do busto, comprimento e largura da cabeça, comprimento e largura da orelha direita, comprimento do pé, dedo médio e antebraço esquerdo”, e também observação morfológica e fisionômica (GARCÍA FERRARI e GALEANO, 2016, p. 172-173).

## **Tatuagem**

A tatuagem como meio de identificação é reconhecida pela INTERPOL como um dos métodos primários para a identificação, podendo ser aplicado junto de outros métodos (FERREIRA JUNIOR, 2021), no entanto, com a evolução tecnológica, a tatuagem já pode ser apagada e realizada uma nova no lugar.

## **Antropologia Forense**

### **Exame de ossadas**

O exame de ossadas depende da quantidade de ossada encontrada, quanto mais completa uma ossada, gera mais dados antropológicos para serem analisados e coletadas informações de sexo, idade, etc. A ossada também apresenta patologia (fraturas e próteses), a quantidade de dados obtidos na ossada permite uma melhor identificação e determinar um perfil biológico (TEXEIRA e SOARES, 2019).

A análise dos ossos, como pelve; crânio/mandíbula; fêmur, tíbia, úmero, rádio; 1ª vértebra (atlas); clavícula, esterno, costelas; calcâneo; metatársicos, etc. são utilizadas para a determinação em esqueletos completos ou ossos isolados, a análise identifica características diferentes entre homens e mulheres, para homens geralmente têm uma maior espessura e para as mulheres têm uma menor espessura (TEXEIRA e SOARES, 2019).

### **Perícia em corpos carbonizados**

Em corpos carbonizados deverá ser realizado o procedimento de odontologia-legal, método em que realiza a identificação de unidades dentárias decíduas ou permanentes, assim, classificando os dentes em incisivos, caninos, pré-molares e molares, e também a posição nos arcos dentários e plano sagital (FREITAS, 2013).

Esse exame é importantíssimo para estabelecer a identificação do sujeito, devido às distrofias e anomalias de cada indivíduo, possibilitando a realização de um diagnóstico diferencial (FREITAS, 2013).

### **Segmentos corporais**

No que tange aos corpos humanos em estado avançado de decomposição e algum segmento corporal, é necessária a abordagem antropológica forense para essa análise, o que leva às perícias em segmento corporal a apresentar dificuldades nas técnicas e nos materiais a serem utilizados (BORDIN *et al.*, 2018).

Nesta perspectiva, a análise antropológica forense objetiva encontrar subsídios para uma identificação e esclarecimento dos mecanismos relacionados à morte a partir dos elementos biológicos disponíveis (DESILVA; FLAVEL e FRANKLIN, 2014).

### **Corpos em decomposição**

Nos corpos encontrados em estágio de decomposição pode-se realizar exame necroscópico, autópsia, necrópsia, necroscopia, tanatoscopia e necrotomopsia, sendo um conjunto de

procedimentos existentes que possibilitam evidenciar a causa mortis sob o ponto de vista médico, é uma condição em casos de morte violenta ou suspeita. O Decreto-Lei nº 3.689/1941, no artigo 162 dispensa o exame interno, quando o exame externo é suficiente para o diagnóstico (POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL, 2014).

## DISCUSSÃO

Há uma forte relação entre a identificação humana para o inquérito policial, visto que auxilia à identificação da vítima e a determinar circunstâncias fáticas para que se inicie a investigação. Segundo Lima e Zwir (2022) a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece sobre a dignidade da pessoa humana, prevista também na Constituição de 1988, determina que os Estados tenham a obrigação de garantir o reconhecimento desta dignidade, enquanto dever-poder de punir.

O inquérito policial tem como objetivo realizar uma investigação para obtenção de provas e demonstrar a violação de um ou mais direitos do ofendido, mesmo com a probabilidade de ser autor de infração criminosa, os direitos previstos na Constituição de 1988 são assegurados ao sujeito no artigo 5º (OLIVEIRA; MENDONÇA e OLIVEIRA JUNIOR, 2022).

O artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos do Decreto nº 6.678/92, no artigo 8º, estabelecem que o sujeito que cometeu o crime tem seus direitos assegurados, bem como o direito de sua inocência até a comprovação do crime (OLIVEIRA; MENDONÇA e OLIVEIRA JUNIOR, 2022).

Outras garantias do indivíduo quando da ocorrência do inquérito policial são: presunção de inocência; liberdade para ser ouvido junto das suas devidas garantias; assistido por tradutor ou intérprete caso não compreenda o idioma do país; comunicação sobre os fatos que lhe são imputados de forma prévia e pormenorizada; direito de defender-se ou eleger um defensor; entrevistar-se ou com o seu defensor; orientação para ser defendido por um advogado do Estado; realizar perguntas às testemunhas e solicitar a declaração de outras testemunhas; e não declarar contra si mesmo ou declarar culpado (OLIVEIRA; MENDONÇA e OLIVEIRA JUNIOR, 2022).

O Estado tem a função de assegurar a prática de investigação que não viole de forma direta ou indireta, os direitos e liberdades fundamentais, como a discriminação de gênero, nem ferindo sua dignidade (NORONHA e ALBUQUERQUE, 2020).

Para Garrido e Almeida (2020) a morte, conseqüência da vida, deve ser digna, neste sentido, há a preservação do direito da dignidade estabelecido na Constituição de 1988, sendo obrigatório permanecer a proteção jurídica da dignidade do sujeito morto. Na identificação de corpos humanos, o Estado precisa garantir a dignidade do sujeito e sepultamento. Contudo, caso haja cadáveres não reclamados, a Lei nº 8.501/92 prevê sua destinação para ensino e pesquisa e a Lei nº 9.434/1997 para a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

Os inquéritos policiais são fundamentais para casos em que há vítimas de crimes tráfico de pessoas, pois, possibilita analisar e compreender a administração estatal e o problema do tráfico (LOWENKRON, 2019), uma vez que o Ministério da Justiça e Segurança Pública (2021) relatou que em 2020 houve um crescimento de registros de tráfico de pessoas no mundo, principalmente mulheres e crianças, para a realização de trabalho em condições análogas à de escravidão.

vo, remoção de órgãos, servidão, fins de adoção e exploração sexual.

Conforme Freitas (2013) o inquérito policial cumpre um papel de extrema necessidade para o ordenamento jurídico, já que é realizada uma investigação e coleta dos elementos informativos na fase investigatória, onde a polícia é acionada para diligenciar uma persecução penal, podendo ensejar uma ação penal.

Através dos inquéritos policiais há a oportunidade de analisar o registro de número de tráficos de pessoas por regiões do país e a finalidade a que são submetidos os indivíduos quando isso ocorre, como a exploração sexual que é um dos principais motivos para o tráfico. No inquérito policial também é verificado que o grupo de pessoas que se tornam vítimas possui, em geral, maior vulnerabilidade, situações de pobreza, ausência de trabalho, instabilidade econômica, preconceito de gênero, raça e são vítimas de violências domésticas (ALCARAZ, 2019).

Um dos direitos fundamentais à sociedade está estabelecido pela Constituição de 1988, que especifica que o Governo precisa prover a segurança, liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (BRASIL, 1988). O inquérito policial possui contribuições significativas para a prevenção e repressão do crime de tráfico de pessoas, visando estabelecer preventivas a esses casos, assegurando segurança à sociedade a respeito dos seus direitos à vida, além de compartilhar informações sobre essas situações de forma transparente ao público.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa evidencia a forte importância e necessidade do inquérito policial para a sociedade, visto que é um procedimento administrativo de atuação do departamento policial, onde realiza a investigação e coleta de dados sobre o evento danoso. Outro aspecto fundamental é a identificação dos cadáveres para o inquérito policial, uma vez que contribui para a construção da investigação e é uma prova material incontestável em crimes.

Diante disso, a investigação e a construção de provas devem respeitar os direitos humanos, o inquérito policial precisa ser desenvolvido de forma a assegurar esses direitos, tanto do acusado, até a comprovação da violação dos direitos e deveres das normas legais nacionais e internacionais vigentes, quanto do indivíduo falecido, a identificação de cadáveres é fundamental para a sociedade, todavia, o direito de dignidade do morto é um dos principais direitos a serem respeitados.

Os elementos de inquérito policial e a identificação humana se complementam e auxiliam em casos de extrema gravidade e urgência como o tráfico de pessoas, que atinge de forma nacional e internacional a sociedade, possibilitando a criação de medidas preventivas e repressivas de seguranças públicas para determinados grupos evidenciados na investigação policial.

## REFERÊNCIAS

ABFO. Standards and Guidelines for Evaluating Bitemarks. American Board of Forensic Odontology, 2018. Disponível em: < <http://abfo.org/wp-content/uploads/2012/08/ABFO-Standards-Guidelines-for-Evaluating-Bitemarks-Feb-2018.pdf>> Acesso em: 05 jun 2022.

ALCARAZ, G.B.G. Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Trabalho de Graduação

Interdisciplinar apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2019. Disponível em: < <https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/29484/GIULIANA%20BRUNINI%20GARCIA%20DE%20ALCARAZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01 jul 2022.

AMICCI, P. Identificação criminal. Escola Técnica “Professor Fausto Mazzola” de Avaré, Curso Técnico em Serviços Jurídicos, 2015. Disponível em: < <https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2015/05/artigo2.pdf>> Acesso em: 01 jun 2022.

BATISTA, S.L. Constitucionalidade no inquérito policial. Trabalho de Conclusão de Curso apresentada à Coordenação de Curso Direito da Faculdade Doctum de João Monlevade – Rede de Ensino Doctum, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. João Monlevade, 2015. Disponível em: < <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/2938/1/CONSTITUCIONALIDADE%20NO%20INQU%c3%89RITO%20POLICIAL.pdf>> Acesso em: 03 jun 2022.

BORDIN, L.S. SILVA, A.J. SANTOS, F.C. BORDONI, P.H.C. Identificação de segmento corporal – relato de caso e discussão dos aspectos médico-legais. Rev. Bras. Crimin. 7(2), 26-33, 2018. Disponível em: < <https://revista.rbc.org.br/index.php/rbc/article/view/260>> Acesso em: 03 jun 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 03 jun 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941. Planalto, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 03 jun 2022.

CAPEZ, F. Curso de Processo Penal. 22<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, J.C. Valor Probatório do Inquérito Policial sob a Perspectiva da Constituição Federal de 1988, O ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano IV, nº 9, jan/jun 2013. Disponível em: <<https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima9/anima9-jan-jun2013-Integral-e-final.pdf#page=42>> Acesso em: 03 jun 2022.

DARBAN, H.K. A (in) eficiência do inquérito policial como sistema de investigação preliminar. Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, 2012. Disponível em: < [https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/606/3/20768214\\_Hamideh%20Darban.pdf](https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/606/3/20768214_Hamideh%20Darban.pdf)> Acesso em: 03 jun 2022.

DESILVA, R. FLAVEL, A. FRANKLIN, D. Estimation of sex from the metric assessment of digital hand radiographs in a Western Australian population. Forensic Sci. Int. 244, 314.e1-314.e7, 2014. Disponível em: < <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0379073814003430?via%3Dihub>> Acesso em: 03 jun 2022.

DINIZ, M.B. O inquérito policial: prescindível ou imprescindível? Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS/MG, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel, sob orientação do Prof. Pós-Doutor Evandro Marcelo dos Santos. Três Pontas, 2020. Disponível em: < <http://192.100.247.84/bitstream/prefix/1778/1/Mariellen%20Batista%20Diniz.pdf>> Acesso em: 03 jun 2022.

EPICALSKY, T.L.C. FREITAS, P. TINOCO, R.L.R. CALMON, M. DARUGE JUNIOR, E. ROSSI, A.C. Human identification by the analysis of palatal rugae printed in complete dentures. J Forensic Odontostomatol. 2020; 38(2): 57-62. Disponível em: < <http://www.iofos.eu/Journals/JFOS%20Sep20/JFOS-38-2-57.pdf>> Acesso em: 01 jun 2022.

ESPINDULA, A. *Criminalística para Concursos*. São Paulo: Millennium, 2012.

FERREIRA JUNIOR, J.O. Identificação cadavérica utilizando análise comparativa de fotografias digitais da dentição: revisão de literatura. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Odontologia da Faculdade de Ciências da Saúde da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a conclusão do curso de Graduação em Odontologia. Brasília, 2021. Disponível em: < [https://bdm.unb.br/bitstream/10483/29427/1/2021\\_JairoOliveiraFerreiraJunior\\_tcc.pdf](https://bdm.unb.br/bitstream/10483/29427/1/2021_JairoOliveiraFerreiraJunior_tcc.pdf) > Acesso em: 08 jun 2022.

FREITAS, R.B. Sistemas de identificação humana no âmbito criminal. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Nível de Especialização em Segurança Pública da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento as exigências para obtenção do título de Especialistas em Segurança Pública. Campina Grande – PB, 2013. Disponível em: < <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/11024/1/PDF%20-%20Rodolfo%20Barbosa%20de%20Freitas.pdf> > Acesso em: 03 jun 2022.

GARCÍA FERRARI, M. GALEANO, D. Polícia, antropometria e datiloscopia: história transnacional dos sistemas de identificação, do rio da Prata ao Brasil. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v.23, supl., dez. 2016, p.171-194. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/hLZmDLNdqDMMtLsSQPx6gVq/abstract/?lang=pt> > Acesso em: 05 jun 2022.

GARRIDO, R.G. ALMEIDA, M.P. Impasses entre dignidade e saúde no manejo de cadáveres da COVID-19: identificar ou reconhecer? *Com. Ciências Saúde* 2020;31 Suppl 1:84-93. Disponível em: < [https://www.researchgate.net/profile/Rodrigo-Garrido-2/publication/341580460\\_Impasses\\_entre\\_dignidade\\_e\\_saude\\_no\\_manejo\\_de\\_cadaveres\\_da\\_COVID-19\\_identificar\\_ou\\_reconhecer/links/5ec84ede299bf1c09ad5a23c/Impasses-entre-dignidade-e-saude-no-manejo-de-cadaveres-da-COVID-19-identificar-ou-reconhecer.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Rodrigo-Garrido-2/publication/341580460_Impasses_entre_dignidade_e_saude_no_manejo_de_cadaveres_da_COVID-19_identificar_ou_reconhecer/links/5ec84ede299bf1c09ad5a23c/Impasses-entre-dignidade-e-saude-no-manejo-de-cadaveres-da-COVID-19-identificar-ou-reconhecer.pdf) > Acesso em: 01 jul 2022.

GONÇALVES, A.S. MARCELINO, J.C. PRADO, M.M. SILVA, R.F. Identificação humana utilizando radiografia PA de seios maxilares. *RBOL – Revista Brasileira de Odontologia Legal*, n. 1, v. 1, 2014. Disponível em: < <https://portalabol.com.br/rbol/index.php/RBOL/article/view/5> > Acesso em: 01 jun 2022.

GOWDA, B.K.C. MOHAN, C.V. HEMAVATHI. Oral autopsy: A simple, faster procedure for total visualization of oral cavity. *J. Forensic Dent. Sci.*, 2016; 8(2):103-07. Disponível em: < <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4970404/?report=reader> > Acesso em: 03 jun 2022.

JOBIM, L.F. COSTA, L.R. SILVA, M. *Identificação humana*. 2 ed. Campinas: Millennium Editora Ltda, 2012.

LIMA, M.K. ZWIR, G.A. Direitos humanos nas investigações de polícia judiciária militar na Polícia Militar do Paraná (PMPR). *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v.8, n.5, p. 40423-40440, may, 2022. Disponível em: < <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/48506/pdf> > Acesso em: 01 jul 2022.

LIMA, R.B. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodvm, 2017.

LOPES JUNIOR, A. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2013.

LOPES, J. O Princípio Constitucional do Contraditório no Inquérito Policial. Dissertação apresentada ao Programa de Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção da graduação. São Caetano do Sul, 2014. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/267968209.pdf> > Acesso em: 03 jun 2022.

LOWENKRON, Laura Gênero, violência e agência: (Des)Construção do tráfico de pessoas a partir do olhar policial no Brasil. Dilemas - Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, vol. Especial, núm. Esp.3, 2019. Disponível em: < <https://www.redalyc.org/journal/5638/563864592008/563864592008.pdf>> Acesso em: 01 jul 2022.

MARCÃO, R. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINHO, M.S. A importância do inquérito policial para a investigação criminal. Monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Me. Adriano Gouveia Lima. ANÁPOLIS – 2021. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/18310/1/Milena%20Silva%20Marinho.pdf>> Acesso em: 03 jun 2022.

MIGUEL, G.S. A importância do inquérito policial sob a perspectiva de sua (in) dispensabilidade. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Araranguá, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/15791/1/TCC%20pdf%20Riuni.pdf>> Acesso em: 03 jun 2022.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: Dados 2017 a 2020. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime; Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2021. Disponível em: < [https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-nacional-trafico-de-pessoas\\_2017-2020.pdf](https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-nacional-trafico-de-pessoas_2017-2020.pdf)> Acesso em: 01 jul 2022.

NORONHA, J.O. ALBUQUERQUE, P.P. Comentários à convenção americana sobre direitos humanos. 1 ed. São Paulo: Tirant to Blanch, 2020. Disponível em: < [https://www.researchgate.net/profile/Maria-Da-Conceicao-Fonseca-Silva/publication/355478699\\_EFETIVIDADE\\_DOS\\_DIREITOS\\_HUMANOS\\_DAS\\_MULHERES\\_UM\\_ESTUDO\\_DE\\_CASO\\_EM\\_VITORIA\\_DA\\_CONQUISTA-BAHIA/links/6172ef683c987366c3ca43f4/EFETIVIDADE-DOS-DIREITOS-HUMANOS-DAS-MULHERES-UM-ESTUDO-DE-CASO-EM-VITORIA-DA-CONQUISTA-BAHIA.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Maria-Da-Conceicao-Fonseca-Silva/publication/355478699_EFETIVIDADE_DOS_DIREITOS_HUMANOS_DAS_MULHERES_UM_ESTUDO_DE_CASO_EM_VITORIA_DA_CONQUISTA-BAHIA/links/6172ef683c987366c3ca43f4/EFETIVIDADE-DOS-DIREITOS-HUMANOS-DAS-MULHERES-UM-ESTUDO-DE-CASO-EM-VITORIA-DA-CONQUISTA-BAHIA.pdf)> Acesso em: 01 jul 2022.

OLIVEIRA, L.S. MENDONÇA, P.A.O. OLIVEIRA JUNIOR, V.C. Inquérito policial: garantia dos direitos constitucionais do investigado. Artigo apresentado à Universidade Potiguar, como parte dos requisitos para obtenção do Título de Bacharel em Direito, em 2022. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/22548/1/LORAN%20E%20PAULO%20AUGUSTO-INQUERITO%20POLICIAL.pdf>> Acesso em: 01 jul 2022.

PEREIRA, S.D.R. COSTA, L.V.D.A. THOMES, C.R. ALVARENGA, J.M.B. VENTORIN, M.V.P. Vantagens e limitações em identificação odontológica radiográfica. Rev Bras Odontol Leg RBOL. 2021;8(3):95-102. Disponível em: < <https://www.portalabol.com.br/rbol/index.php/RBOL/article/view/383> > Acesso em: 01 jun 2022.

POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. Manual de rotinas. Instituto de medicina legal Leonídio Ribeiro, 2014. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/administracao-superior/corregedoria/MANUALDEROTINASIML.pdf>> Acesso em: 15 jun 2022.

RANGEL, P. Direito Processual Penal. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RODRIGUES, P.H.P. Inquérito policial: uma análise elucidativa a respeito dos aspectos teóricos e práticos do procedimento. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito, do Departamento de Direito de Macaé, da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II e condicionante à colação de grau na

graduação de Bacharel em Direito. Macaé, junho, 2019. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/10845/TCC%20PEDRO%20VERSA%cc%83-O%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 03 jun 2022.

SILVA JUNIOR, E.M. A necessidade do advogado no inquérito policial. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Guarapari, ES, 2018. Disponível em: <<https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/2430/1/TCC%20COMPLETO%20CD.pdf>> Acesso em: 03 jun 2022.

SOUZA, W.S. TAVEIRA, A.C.F. Inquérito policial. 6º Seminário Pesquisar, Faculdade Alfredo Nasser, 2018. Disponível em: <[http://www.faculdadealfredonasser.edu.br/files/Pesquisar\\_6/23-04-2018-20.19.10.pdf](http://www.faculdadealfredonasser.edu.br/files/Pesquisar_6/23-04-2018-20.19.10.pdf)> Acesso em: 01 jun 2022.

TEIXEIRA, V.M.C. SOARES, T.R.S. Caracterização das principais técnicas utilizadas para identificação humana através de ossadas. Arquivos do MUDI, v 23, n 3, p. 574-589, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ArqMudi/article/view/51580>> Acesso em: 01 jun 2022.

Capítulo

# 10



## **Ética e neutralidade da inteligência artificial no combate a desinformação e Fake News**

---

Cícero Edson Machado

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.10

## RESUMO

Atualmente, a notícia falsa e a desinformação da população, ocasionado principalmente por leituras ou vídeos com intuito de manchar a imagem de pessoas, têm o poder maior de alcance do que uma verdade, na verificação de determinados conteúdos devemos ter em mente a finalidade da informação, assim como o público alvo que ela pretende atingir. Muitas vezes nas empolgações das redes sociais, os algoritmos aumentam a frequência de tipos de informações diversas com a finalidade de nos manter conectados o maior tempo possível e interagir com esse conteúdo, sem a preocupação de atestar a veracidade dessas informações apresentadas.

**Palavras-chave:** Fake News. desinformação. inteligência artificial. big data. democracia.

## ABSTRACT

Today, fake news and the population's misinformation, caused mainly by readings or videos with the aim of tarnishing people's image, have greater power of reach than a truth, in the verification of certain contents we must keep in mind the purpose of the information, as well as the target audience it intends to reach. Often in the excitement of social networks, algorithms increase the frequency of different types of information in order to keep us connected as long as possible and interact with this content, without worrying about attesting to the veracity of this information presented.

**Keywords:** fake news. disinformation. artificial intelligence. big data. democracy.

## INTRODUÇÃO

A evolução constante das tecnológicas acabam por impactar diretamente no comportamento humano, seja ele utilizado para o bem ou para o mal, o fato é notório que os danos causados por impactos negativos nas redes sócias com informações inverídicas podem acabar até com a morte de determinada pessoa como já ocorreu devido a propagação de informações falsas, assim como uma informação pode comprometer uma pessoa levando-a inclusive a doenças decorrentes de fatos que não condizem com a verdade.

Na atualidade a informação se propaga de forma instantânea, ou seja, algo postado em uma rede social tem a capacidade de ficar disponível em todo o globo. O cuidado com a divulgação de informações deve ser levado ao máximo de cautela, pois a responsabilidade do uso indevido da internet pode causar diversos danos inclusive criminais.

### **Fake News e desinformação como violação aos direitos fundamentais**

Trazendo a definição e os devidos apontamentos a respeito das “*fake news*” e a “*desinformação*”, Rômulo Soares Valentini, citando a UNESCO a respeito dessas expressões (PE-DROSA, 2020, p. 118), assim propõe:

“A Unesco (2018) define o problema conceitual existente no uso da expressão “*fake news*”

Nesse sentido, evita-se admitir que o termo fake News (“notícias falsas”) possua um significado direto ou comumente compreendido. Isso ocorre porque “notícias” significam informações verificáveis de interesse público e as informações que não atendem a esses padrões não merecem o rótulo de notícias. Nesse sentido, portanto, a expressão “notícias falsas” é oxímoro que se presta a danificar a credibilidade da informação que de fato atende ao limiar da verificabilidade e interesse público – isto é, notícias (UNESCO, 2018, p.7).

Por isso o foco de preocupação não é em relação à falsidade ou a correção de uma determinada informação, mas sim sobre a espécie particular de falsidade, que é dolosamente ou culposamente direcionada para a manipulação da opinião pública com vistas a acatar uma informação falsa, denominando tal ocorrência como um processo de desinformação.

O termo desinformação é comumente usados para se referir a tentativas deliberadas (frequentemente orquestradas) para confundir ou manipular pessoas por meio de transmissão de informações desonestas.

O termo “informação incorreta”, frequentemente, refere-se a informações enganosas que são criadas ou disseminadas sem que haja intenção manipuladora ou maliciosa. Ambos são problemas para a sociedade, porém, a desinformação é particularmente perigosa, pois é frequentemente elaborada, com bons recursos e acentuada pela tecnologia automatizada. (UNESCO, 2018, p. 7)

Desse modo, a expressão “*fake news*” pode ser compreendida como a criação e a disseminação de informação incorreta, sendo que a desinformação consiste na criação e compartilhamento doloso ou culposo de informações falsas, cujo potencial é direcionado a causar danos a terceiros ou mesmo o proveito indevido para o agente e terceiros.

Já o termo “*big data*”, que tanto ouvimos falar nos últimos tempos, tem relação com a coleta de dados, sejam eles organizados ou não, provenientes de diversas fontes de forma bruta e transformados de acordo com a vontade do cliente, com análise de dados e podendo ser anônimos ou não. Nas palavras de (WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, 2020, p. 434), a respeito do tema:

“O termo referente à dimensão e à diversidade dos dados que podem ser utilizados para a aplicação das tecnologias digitais, bem como às várias possibilidades de as combinar e avaliar e de as tratar pelas autoridades públicas e privadas em diferentes contextos. Os megadados são utilizados para controlar comportamentos individuais e coletivos, para registrar tendências de desenvolvimento, para permitir novos tipos de produção e distribuição, bem como tarefas do Estado, mas também para novas formas de ilegalidade, especialmente o cibercrime.

O potencial da digitalização e da utilização de grandes volumes de dados está atualmente a ser consideravelmente ampliado pelos avanços da inteligência artificial. Em termos gerais, isto se refere a métodos que permitem aos computadores lidar com tarefas tão complexas que requerem inteligência quando resolvidas por humanos. O computador torna-se, por assim dizer, um instrumento técnico “pensante” que pode trabalhar em problemas de forma independente e – em sistemas de aprendizagem – desenvolver ainda mais os programas aplicados de forma independente.”

Após os devidos esclarecimentos segue-se adiante com a inteligência artificial. O que é a inteligência artificial? Quais os graus de desenvolvimento de uma aplicação para determinarmos a sua escala de IA?

Partindo desse pressuposto, Teresa Bernarda Ludermir (2021: p 87): fala em três tipos

de Inteligência Artificial, a saber:

“A IA pode ser caracterizada em três tipos: IA Focada, IA Generalizada e IA Superinteligente.

A IA Focada, também conhecida como IA Fraca, consiste de algoritmos especializados em resolver problemas em uma área e/ou um problema específico. Aqui os sistemas armazenam uma grande quantidade de dados e os algoritmos são capazes de realizar tarefas complexas, porém sempre focadas no objetivo para o qual foram desenvolvidos. Os Sistemas Especialistas e Sistemas de Recomendação são exemplos de sistemas de IA focada.

Na IA Generalizada, também conhecida como IA Forte, os algoritmos desenvolvidos se tornam tão capazes quanto humanos em várias tarefas e, em geral, os algoritmos usam técnicas de Aprendizado de Máquina como ferramenta. Em algumas tarefas os algoritmos têm desempenho semelhante aos humanos, por exemplo, em Visão Computacional. O nível atual da IA é de IA Generalizada.

Na IA Superinteligente, os algoritmos são significativamente mais capazes que humanos em praticamente todas as tarefas. Ainda não existem sistemas com IA Superinteligente e não se sabe se existirão sistemas mais inteligentes que os humanos desenvolvidos com técnicas de IA.”

A autora discorre sobre o funcionamento dessas inteligências, ou melhor, de que forma as máquinas adquirem a inteligência artificial. Ela aponta sobre como a aprendizagem de máquina (*Machine learning*) (LUDERMIR, 2021, p. 88):

O objetivo do Aprendizado de Máquina (AM) é a construção de programas que melhorem seu desempenho por meio de exemplos (Mitchell, 1997). Para isso é necessária uma grande quantidade de exemplos para gerar o conhecimento do computador, que são hipóteses geradas a partir dos dados.

As técnicas de AM são orientadas a dados, isto é, aprendem automaticamente a partir de grandes volumes de dados. Os algoritmos de AM geram hipóteses a partir dos dados.

A inferência indutiva é um dos principais métodos utilizados para derivar conhecimento novo e prever eventos futuros em Aprendizado de Máquina. A generalização pode não ser feita de maneira correta na inferência indutiva. As chances de as generalizações serem corretas aumentam de acordo com a qualidade dos dados. O mesmo fenômeno acontece com AM, dados mais precisos levam a generalizações mais precisas.

Existem três tipos principais de Aprendizado de Máquina: Supervisionado, Não Supervisionado e por Reforço.

No Aprendizado Supervisionado, para cada exemplo apresentado ao algoritmo de aprendizado é necessário apresentar a resposta desejada (ou seja, um rótulo informando a que classe o exemplo pertence, no caso de um problema de classificação de imagens, por exemplo, como distinguir imagens de gatos e de cachorros). Cada exemplo é descrito por um vetor de valores (atributos) e pelo rótulo da classe associada. O objetivo do algoritmo é construir um classificador que possa determinar corretamente a classe de novos exemplos ainda não rotulados. Para rótulos de classe discretos, esse problema é chamado de classificação e para valores contínuos como regressão. Esse método de aprendizado é o mais utilizado.

No Aprendizado Não Supervisionado, os exemplos são fornecidos ao algoritmo sem rótulos. O algoritmo agrupa os exemplos pelas similaridades dos seus atributos. O algoritmo analisa os exemplos fornecidos e tenta determinar se alguns deles podem ser agrupados de alguma maneira, formando agrupamentos ou clusters. Após a determinação dos agrupamentos, em geral, é necessária uma análise para determinar o que cada agrupamento significa no contexto problema sendo analisado.

No Aprendizado por Reforço, o algoritmo não recebe a resposta correta mas recebe um sinal de reforço, de recompensa ou punição. O algoritmo faz uma hipótese baseado nos exemplos e determina se essa hipótese foi boa ou ruim. Aprendizado por Reforço é bastante utilizado em jogos e robótica, e foi a técnica utilizada no AlphaGo.

O uso de Aprendizado de Máquina para solucionar problemas nem sempre é fácil e precisa de alguns pré-requisitos. Precisa de um bom conjunto de exemplos. Muitas vezes a base de exemplos precisa ser construída e atualizada constantemente. Como os dados nem sempre são bons, faz-se necessário o uso de técnicas que melhorem a qualidade dos dados. Nem todo algoritmo de AM resolve todo tipo de problema, então é preciso fazer a seleção dos conjuntos de algoritmos apropriadas para o problema que se precisa resolver. Uma vez escolhidos os algoritmos, precisa-se definir os parâmetros dos algoritmos (por exemplo, o número de camadas de uma Rede Neural). Depois do treinamento precisa-se saber se o algoritmo está resolvendo o problema e com que precisão o problema está sendo resolvido. Por fim, o sistema precisa ser atualizado, porque mudanças nos dados podem fazer com que os sistemas deixem de funcionar.

A utilização da inteligência artificial para o combate de desinformação e fake news deve ser levada a um enfoque não de mera aplicação a um caso concreto, mas sim no combate em todos os segmentos e por quaisquer meios lícitos de forma generalizada, ou seja, não basta ter um foco em determinado tema de relevância de determinado grupo social ou político, mas sim sob o prisma geral.

Ronald Dworkin ensina que, só haverá democracia se toda a coletividade puder participar, e não apenas representada pela maioria, mas sim respeitando a minoria. Esse autor apresenta as conexões entre o direito e a teoria do direito, tendo de um lado a teoria moral e de outro a política. Dessa forma, o Constitucionalismo recepcionou os direitos individuais, não podendo o legislador anulá-los, pois um sistema jurídico respeitável deve incluir a proteção dos direitos individuais (DWORKIN, 1995, p. 1).

Por 'constitucionalismo' quero dizer um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que o legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer. O constitucionalismo, assim entendido, é um fenômeno político cada vez mais popular. Vem se tornando cada vez mais comum supor que um sistema jurídico respeitável deve incluir a proteção constitucional de direitos individuais.

Ronald Dworkin continua discorrendo a respeito de um levante contra o constitucionalismo, onde a maioria pode comprometer a democracia, haja vista que proíbe o Poder legislativo de aprovar uma lei limitando a liberdade de expressão, por exemplo. Nesse sentido, Ronald Dworkin aduz que se trata de ilusão baseada na compreensão incorreta da democracia.

Dworkin faz uma distinção entre democracia e regra da maioria, onde essa maioria é mero fator majoritário não se configura como democracia a menos que condições posteriores sejam satisfeitas. Devem ser estabelecidas normas constitucionais estipulando que a maioria não pode abolir futuras eleições, por exemplo ou privar uma minoria dos direitos de voto.

O mesmo autor ainda faz uma distinção entre normas constitucionais possibilitadoras e normas constitucionais limitadoras, a primeira cria a regra e poderes de cada grupo de representantes e a segunda restringe os poderes de cada representante definidos nas leis possibilitadoras. Nesse sentido, cita que deve ter limitação da maioria para não eliminar direitos da minoria, para não comprometer a democracia. (DWORKIN, 1995, p. 2)

Com base nesses ensinamentos, trabalhar-se-á com a ética e a neutralidade das inteligências artificiais com respeito ao tema.

## ÉTICA E NEUTRALIDADE DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Reforçando o que já se discorreu a respeito dos ensinamentos de Ronald Dworkin, no tocante a democracia no sentido de minorias, trata de ser colocado em desvantagem por não ter o mesmo pensamento da maioria, ou seja a democracia depende da participação de todos (DWORKIN, 1995, p. 5):

Se adotarmos uma concepção estatística da democracia, então devemos refletir sobre as pré-condições da democracia no seguinte sentido. O fato nu e cru de que uma maioria ou pluralidade de pessoas favoreça uma decisão ao contrário de outra não proporciona, apenas por si só, mais legitimidade – não oferece uma razão moral convincente justificando a coerção da minoria, a qual pode ter sido seriamente posta em desvantagem pela decisão. Devemos considerar quais outros fatores confeririam legitimidade moral a tal decisão. Já notamos alguns destes: uma estrutura constitucional deve se posicionar protegendo o direito de todo adulto votar e participar de decisões políticas. Quais outros direitos ou condições devem ser garantidos? Esta é uma questão de moralidade política que diferentes pessoas responderiam diferentemente. Mas duas outras condições podem parecer necessárias. Um voto da maioria não alcança a legitimidade requerida a menos que, primeiro, todos os cidadãos tenham a independência moral necessária para participar da decisão política como agentes morais livres, e a menos que, segundo, o processo político seja tal que trate todos cidadãos com igual consideração e respeito. Se isto está certo, os pressupostos da democracia incluem alguns direitos – quais deles é uma questão para se debater – tendentes a assegurar tais condições. Deve-se incluir a liberdade de consciência e religião assim como a liberdade de expressão política e deve-se garantir que decisões políticas não estabeleçam preconceito contra qualquer grupo, desdenhando-os ou não os diferenciando na medida em que seja necessário.

Deve-se atentar que a inteligência artificial no processo de aprendizagem de máquina, deve-se levar em conta os interesses de toda a coletividade e não apenas interesses de determinados grupos. A inteligência artificial deve ter um papel relevante no sentido de coibir qualquer tipo de racionalidade ou prática discriminatória, Os profissionais que se responsabilizam pelo desenvolvimento de sistemas autônomos inteligentes devem ser capazes de deixar de lado seus padrões morais e buscar atender a toda coletividade, não impondo suas características pessoais.

Ainda seguindo o pensamento a respeito dessa aprendizagem, a autonomia da Inteligência, cada vez mais avançada, traz características de autonomia, ainda que esteja em seu estágio inicial. Andrew Feenberg em seu artigo “O que é filosofia da Tecnologia?”, traz consigo uma tabela bem interessante a respeito e um parágrafo que deixa essa questão bem contextualizada (ANDREW FEENBERG, 2013, p. 58):

No eixo horizontal, as tecnologias são consideradas ou autônomas, ou humanamente controláveis. Dizer que a tecnologia é autônoma não quer dizer que ela se faz a si mesma. Os seres humanos ainda estão envolvidos, mas a questão é: eles têm, de fato, a liberdade para decidir como a tecnologia será desenvolvida? O próximo passo da evolução do sistema técnico depende de nós? Se a resposta é “não”, então pode-se dizer justificadamente que a tecnologia é autônoma no sentido de que a invenção e o desenvolvimento têm suas próprias leis imanentes, as quais os seres humanos simplesmente seguem ao interagirem nesse domínio técnico. Por outro lado, a tecnologia pode ser humanamente controlável enquanto se pode determinar o próximo passo de evolução conforme nossas intenções.

**Figura 1 – Tabela (ANDREW FEENBERG, 2013, p. 57)**

A Tecnologia é:	Autônoma	Humanamente Controlada
Neutra (Separação completa entre meios e fins)	Determinismo (por exemplo: A teoria da modernização)	Instrumentalismo (Fé liberal no progresso)
Carregada De Valores (meios formam um modo de vida que inclui fins)	Substantivismo (Meios e fins ligados em sistemas)	Teoria Crítica (Escolha de sistemas de meios-fins alternativos)

Deve-se levar em conta, ainda, os ataques cibernéticos, citados por Karl Manheim e Lyric Kaplan em seu artigo sobre de inteligência artificial: riscos à privacidade e à democracia, com dois tipos diferentes, um primeiro sendo o meio tradicional, acessando o computador e roubando ou corrompendo informações confidenciais eleitorais e o segundo sendo manipulando através de propaganda (MANHEIM; KAPLAN, 2019, p. 134, tradução nossa<sup>1</sup>), assim consignado:

Descrevemos vários tipos diferentes de ameaças cibernéticas ao processo eleitoral. Primeiro, são os tipos tradicionais de intrusões cibernéticas em que os atores obtêm acesso a sistemas de computador e roubam ou corrompem informações eleitorais confidenciais. Uma segunda e mais potente forma de hacking é a manipulação das atitudes dos eleitores por meio de propaganda armada “microdirecionada/micro direcionada”. As técnicas utilizadas são semelhantes ao sequestro das escolhas do consumidor discutidas acima. Em seguida, discutiremos as notícias falsas, que são um ingrediente vital e potente da manipulação dos eleitores. Por fim, mostramos como as forças antidemocráticas se esforçam para semear dúvidas em instituições confiáveis como meio de condicionar os eleitores a aceitar visões extremistas. Em cada um desses métodos, a inteligência artificial pode ser usada tanto para aumentar a eficácia quanto para mascarar os propósitos e métodos de supressão e manipulação de eleitores.

A linha que se segue no presente artigo sobre o assunto é que em caso de aparecimento dessa segunda linha de propaganda, o usuário deve ser informado do que se trata, além disso, deve ser informado a respeito da coleta de dados, como forma de respaldo a sua privacidade, que é um dos pilares dos direitos fundamentais. O autor Mario Luiz Ramidoff *et al.*, fala a respeito do tema, com enfoque no poder estatal (RAMIDOFF; GONÇALES; MENZEL, 2019, p. 13):

Certamente compatibilizar a IA com os direitos humanos é um desafio complexo e indispensável nos próximos anos.

Há outros pontos que merecem destaque nessa discussão; a transparência, a não-discriminação e o consentimento.

Em se tratando da coleta de dados pelo poder público, para que o cidadão possa compreender a razão do uso de suas informações, se faz necessário transparência por parte do poder Estatal sobre a realização de tratamento de dados.

Para a administração pública brasileira a transparência é requisito obrigatório, muito mais do que apresentar informações, é necessária a transparência ativa, traduzida na disponibilização, de maneira aberta e antecipada, o livre acesso, inclusive e especialmente pela internet, dos dados relacionados às atividades do Estado.

Nesse contexto, a inteligência artificial deve ser “transparente” em suas decisões, o que significa que uma “explicação compreensível” pode ser inferida ou deduzida sobre os critérios utilizados para chegar àquela determinada conclusão, sugestão ou resultado O de-

*1 We describe several different kinds of cyberthreats to the electoral process. First, are the traditional types of cyber intrusions where actors gain access to computer systems and steal or corrupt confidential election information. A second and more potent form of hacking is the manipulation of voter attitudes through weaponized “micro-targeted” propaganda. The techniques used are similar to the hijacking of consumer choices discussed above. We next discuss fake news, which is a vital and potent ingredient of voter manipulation. Finally, we show how anti-democratic forces endeavor to sow doubt in trusted institutions as a means of conditioning voters to accept extreme views. In each of these methods, artificial intelligence can be used both to increase effectiveness and to mask the purposes and methods of voter suppression and manipulation.*

sign, desenvolvimento e uso da IA devem ser transparentes e abertos.

Sendo a Inteligência artificial uma área do saber científico, mas que se destaca pela técnica empregada, no qual ocorre a aprendizagem por meio de algoritmos. Nesse sentido, os sistemas autônomos inteligentes vocacionam-se a determinados fins para os quais foram criados. (ANDREW FEENBERG, 2013, p. 51) Feenberg assinala para o contraste entre a ciência e a tecnologia:

Nas sociedades tradicionais, o modo de pensar das pessoas está formado por costumes e mitos que não podem ser explicados nem justificados racionalmente. Portanto, as sociedades tradicionais proíbem certos tipos de perguntas que desestabilizariam seu sistema de crenças. As sociedades modernas emergem da liberação do poder de questionar tais formas tradicionais de pensamento.

O Iluminismo na Europa do século XVIII exigiu que todos os costumes e instituições se justificassem como úteis para a humanidade. Sob o impacto dessa demanda, a ciência e a tecnologia se tornaram a base para as novas crenças. A cultura foi reformada gradualmente para ser o que pensamos como racional. Por consequência, a tecnologia tornou-se onipresente na vida cotidiana e os modos técnicos de pensamento passaram a predominar acima de todos os outros. Em uma sociedade moderna e madura como a japonesa, a tecnologia é compreendida como os costumes e mitos da sociedade tradicional anterior. Alguém poderia dizer que a racionalidade tecnocientífica se tornou uma cultura nova.

Desse modo, os algoritmos devem ser criados de forma independentemente da moral pessoal de seus desenvolvedores, num contexto genérico para a sociedade em geral. Wolfgang Hoffmann-Riem faz uma descrição mais apurada e refinada a respeito dos algoritmos (HOFMANN-RIEM, 2020, p. 441):

Os algoritmos são indispensáveis para a utilização de dados digitais.

Algoritmos são – em geral – regras que resolvem certas tarefas em etapas individuais definidas – de forma determinística. Tais algoritmos também existem fora da digitalização, por exemplo, para o controle técnico de máquinas. Para que possam ser utilizados em computadores, os algoritmos devem ser escritos numa linguagem digital – processável por computador – e a tarefa em questão é então processada de acordo com um padrão específico, com a ajuda de passos individuais predefinidos na maioria dos casos, os algoritmos individuais são partes de sistemas de decisão digitais complexos, consistindo em software e hardware e incorporados em sistema de informação sócio-técnicos.

Atualmente, a capacidade de computação e as possibilidades de análise oferecidas pelos computadores estão sendo muito ampliadas, bem como as possibilidades de aplicação e desempenho dos algoritmos estão crescendo e mudando em rápida sucessão. A inteligência é particularmente importante para isto. Este termo refere-se, em particular, ao esforço de reproduzir digitalmente estruturas de decisão semelhantes às humanas, ou seja, de conceber um computador e, em particular, de o programar utilizando as chamadas redes neurais, de modo a poder trabalhar os problemas de forma mais independente possível e, se necessário, continuar a desenvolver os programas utilizados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Inteligência Artificial já é uma realidade nos dias atuais e pode ser utilizada para o bem ou para o mal da sociedade, e cada vez mais vai ganhando espaço entre as empresas para todo tipo de atividade. Entretanto, não se pode subestimar a necessidade do senso moral e ético no uso de tecnologias. Por outro lado, a inteligência artificial deve se abster das formas de julgamento enviesado, não criando discriminações no futuro, não podendo pender para a esquerda ou à direita, devendo se manter neutra.

Essa neutralidade deve ser pautada e garantida por toda sociedade, incumbindo às leis

permitir sua validade. A abstração da norma enseja que seja substancial e tangível na punição daqueles que usam essas tecnologias para fins que não sejam o bem da coletividade. A avaliação de notícias e de publicações devem ter foco em sua limitação ao máximo, pois uma notícia falsa tem o alcance maior do que a verdade. A criação de agências para controlar essas tecnologias devem ser fomentada pelos estados a fim de assegurar que a IA não seja usada para causar malefícios.

## REFERÊNCIAS

DWORKIN, R. Constitucionalismo e Democracia. Tradução: Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, nº3:1, p. 2-11, em 1995.

FEENBERG, Andrew. A Teoria Crítica de Andrew Feenberg: Racionalização Democrática poder e Tecnologia In Portuguese (Brazil), Edited by R. Neder, the University of Brasilia, 2013. [https://www.sfu.ca/~andrewf/pub\\_Racionalizacao\\_Democracia.html](https://www.sfu.ca/~andrewf/pub_Racionalizacao_Democracia.html). Acesso em 20 junho 2022.

HOFFMANN-RIEM, W. BIG DATA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: desafios para o Direito. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, v. 6, n. 2, p. 431–506, 23 set. 2020. <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.484><https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.484>.

LUDERMIR, T. B. Inteligência Artificial e Aprendizado de Máquina: estado atual e tendências. *Estudos Avançados*, v. 35, p. 85–94, 19 abr. 2021. <https://doi.org/10.1590/s01034014.2021.35101.007><https://doi.org/10.1590/s01034014.2021.35101.007>.

MANHEIM, K.; KAPLAN, L. Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy. v. 21, p. 83.

PEDROSA, C. B. Direito e tecnologia: Discussões para o século XXI. [S. l.]: Deviant, 2020.

RAMIDOFF, M. L.; GONÇALES, F.; MENZEL, G. USO DE BIG DATA NA FORMULAÇÃO LEGISLATIVA. *Relações Internacionais no Mundo Atual*. V. 1, n. 22, p. 307, 17 jan. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.21902/Revrma.v1i25.3881>. Acesso em: 20/07/2022.



# Cookies, rastreamento de comportamento na internet e direitos da personalidade

Cícero Edson Machado

*Mestrando em Direito pela Universidade UNIFIEO. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado em Governança em TI pela Faculdade UMC. Graduado em Direito pela FMU, Graduado em Sistemas de Informação pelas Faculdades Oswaldo Cruz. Advogado e Analista de Sistemas*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.146.11

## RESUMO

O intuito do presente estudo é familiarizar o público a respeito do rastreamento de dados, ao pesquisar produtos durante a navegação na internet, certos cookies são coletados por empresas passando a ideia que é para uma navegação mais adequada, o que não revelam é o fato desses dados serem coletados e a ocorrência de rastreamento da atividade na web durante a navegação com a intenção de ofertas de produtos. Estudaremos os diversos tipos de cookies e sua forma de existência, assim como a relação com o direito a personalidade. Na prática o respeito a privacidade é respeitado? Pensamos que ainda a proteção de dados efetivamente não tem sido aplicada, pois, a permissão de políticas de cookies em muitos sites ainda não tem a opção de rejeitar todos, como já vem ocorrendo na União Europeia.

**Palavras-chave:** cookies. direitos da personalidade. inteligência artificial. big data. democracia.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to familiarize the public with data tracking, when searching for products while browsing the internet, certain cookies are collected by companies passing the idea that it is for a more adequate navigation, what they do not reveal is the fact that these data being collected and the occurrence of web activity tracking while browsing with the intent of product offerings. We will study the different types of cookies and their form of existence, as well as the relationship with the right to personality. In practice, is privacy respected? We believe that data protection has not yet been effectively applied, since the permission of cookies policies on many sites still does not have the option to reject them all, as is already happening in the European Union.

**Keywords:** cookies. personality rights. artificial intelligence. big data. democracy.

## INTRODUÇÃO

A respeito de rastreamento de nossos comportamentos na internet através de cookies, cookies que estão relacionados a política de sites que informam que é necessário o aceite para uma melhor navegação e adequação de seus conteúdos a nossos interesses.

Será que isso é verdade? Uma vez que para navegar nesses sites, muitos deles nos obrigam a fazer o aceite de políticas, de forma que se não aceitamos acaba ficando inviável navegar em suas páginas web

O que torna bem interessante é o fato que, por exemplo, ao pesquisar sobre um automóvel em determinado site, essa passa a aparecer em outros durante nossa navegação, mesmo que seja de outro equipamento, como por exemplo se usarmos para uma pesquisa no browser um notebook e durante o uso de outro equipamento no caso o smartphone também aparece sobre nossa pesquisa realizada anteriormente.

Com o decorrer da evolução tecnológica passamos a ser o produto de diversas platafor-

mas, sem a menor noção desse fato, imagina-se que somos os consumidores, mas não, agora somos o produto dessas plataformas, que estamos navegando e sempre aparece mais conteúdo a respeito do que estamos assistindo ou lendo, com o foco de nos manter conectados, assim os fornecedores podem anunciar os produtos por exemplo baseados em região, horário, idade, até mesmo poder de consumo.

Procuramos explicar, não de forma exaustiva, mas somente trazer um pouco de conhecimento a respeito dessa nova forma de viver e suas repercussões no direito da personalidade.

## COOKIES

Para darmos início discorreremos sobre o que são cookies, um artigo bem interessante publicado no hostgator<sup>1</sup> a respeito dos cookies, a saber:

“Afim, o que são Cookies?”

Os Cookies foram criados por Lou Montulli e a origem do termo vem de Magic Cookie, um pacote de troca de informações que era utilizado pelos programadores Unix. O primeiro navegador a aceitá-los foi o Netscape, lançado em outubro de 1994.

Os cookies são definidos através dos HTTP Header e armazenados pelo navegador dos visitantes. No primeiro acesso, a web server manda para o visitante o que deverá ser armazenado no Cookie.

A partir daí, cada vez que ele acessa o site, o Cookie será enviado ao servidor, que, por sua vez, retornará às páginas já com as adaptações necessárias para atender melhor o usuário.

Para entender na prática o que são os Cookies, imagine que você acessou pela primeira vez um site e escolheu visualizar a versão em português. Graças a eles, nos próximos acessos, automaticamente o site será carregado nesse idioma, sem a necessidade de nova configuração.

Eles também armazenam alguns dos seus dados pessoais e os dados de uma compra que você não finalizou e que deixou no carrinho da sua loja virtual favorita, por exemplo. São eles que te mantêm logado na ferramenta de e-mails, além de controlarem a sessão de usuário.

Outra funcionalidade dos Cookies é o registro das suas preferências, conforme o exemplo que demos no início do texto sobre o produto pesquisado que passa a ser visualizado em diversos sites.

Esse tipo de informação, conhecido como remarketing, é a mais disputada pelas ferramentas de anúncio e vem causando diversas discussões sobre política de privacidade.

Vale lembrar que se o visitante estiver navegando com a opção de cookies desligados, isso tudo será ignorado!

Por que a função dos Cookies tem sido questionada?

Se, por um lado, eles oferecem facilidades para tornar a navegação mais ágil, de outro são considerados um pouco invasivos. Por este motivo, as autoridades da União Europeia resolveram proibir a utilização de Cookies sem a prévia autorização do usuário.

Desde então, os sites foram obrigados a avisar os usuários que os Cookies estão sendo utilizados para armazenar informações sobre sua navegação. Logo, possibilitou ao visitante decidir se quer ou não utilizar os Cookies daquela página que está acessando.

Aqui vale uma observação importante: os Cookies não roubam nenhuma informação sua.

<sup>1</sup> <https://www.hostgator.com.br/blog/o-que-sao-os-cookies-da-web/> acesso em: 05/05/2022.

Eles apenas armazenam o que você disponibilizou durante a navegação no site.

Além disso, os Cookies têm validade, podendo ficar disponíveis por algumas horas ou anos – variando de acordo com o site. Na maioria dos endereços, o fato dele permanecer salvo por um longo período não acarreta riscos, principalmente em relação à propagação para outros ambientes.”

O autor da página ainda discorre a respeito dos tipos de cookies.

“Existem 5 tipos principais de Cookies. São eles:

1 – Session Cookie

Fica ativo enquanto o usuário está navegando no site. Assim que ele sai, as informações são deletadas.

2 – Persistent ou Permanent Cookie

São os cookies que permanecem gravados mesmo após a saída do site. O tempo da sua expiração vai ser aquele que o desenvolvedor achar necessário. Lembrando que eles podem ser apagados pelo visitante a qualquer momento de forma manual nas configurações do navegador.

3 – Third-Party Cookies

São acessados por domínios de terceiros, como no exemplo das redes de anúncio.

4 – Supercookie

É um Cookie de rastreamento que permite acompanhar todos os movimentos do usuário na web e, diferentemente dos outros tipos, não está armazenado no computador. Logo, não pode ser bloqueado ou excluído.

Já existem algumas leis para evitar o seu funcionamento, principalmente porque os usuários se revoltaram com essa captura indevida de dados.

5 – Zombie Cookie

É um tipo de Cookie que volta à ativa mesmo após ser excluído, sendo conhecido também como Evercookie.

Além desses tipos principais, existem algumas características que podem ser definidas na hora da sua criação, como:

Secure Cookie: Para garantir a segurança, só aceita conexão do tipo https;

Http-only-cookie: Exige que o acesso seja feito através de uma conexão http, evitando que o arquivo seja alterado por um JavaScript mal intencionado;

Same-Site Cookie: Faz com que os servidores só aceitem requisição de um mesmo site. Isso também serve para segurança da informação, protegendo de requisições forjadas.”

Após uma explicação a respeito do que são os cookies, ter-se-á uma noção que os cookies não são de todo mal, eles servem para escolhas ao acessar determinado site para uma apresentação melhor de conteúdo a partir do último acesso, por exemplo, acreditamos que o problema dos cookies começa em “*Third-Party Cookies*”, onde terceiros têm acesso aos cookies por redes de anúncios.

Outro ponto que é importante é que as consultas de dados devem ser feitas somente após o consentimento, não coletar e perguntar depois como ocorre em algumas situações. Muitos sites atualmente não têm a opção de “*reject all cookies*”, são somente opção de aceitar todos e aceitar somente alguns ou em casos os chamados obrigatórios. Ora se são obrigatórios devem

ser minuciosamente detalhados antes de ser aceitos pelo cliente.

Segundo Emmanouil Paradoyiannakis, *et al.* em seu artigo pode ser aplicado a nosso tema(PAPADOGIANNAKIS *et al.*, 2021, p. 2, tradução nossa<sup>2</sup>)

“Embora esses casos de identificação do usuário sejam considerados “processamento de dados pessoais” de acordo com os regulamentos GDPR e e Privacy, e devam ser visíveis para os usuários, eles geralmente não aparecem em formulários de solicitação de gerenciadores de consentimento implantados por sites modernos. Neste estudo, destacamos exatamente isso: a falta de transparência e consentimento do usuário quando se trata de sites que implantam técnicas de identificação de usuários como sincronização de ID e impressão digital do navegador. As contribuições deste trabalho são as seguintes:

Propomos um método totalmente automatizado para detectar impressões digitais do navegador em sites usando o Chromium Profiler.

Rastreamos cerca de um milhão de sites e registramos como eles rastreiam os usuários usando formas sofisticadas de rastreamento (como vazamento de ID primário, sincronização de ID e impressão digital do navegador) em função das escolhas dos usuários.

Descobrimos que: (1) Mais de 75% dos vazamentos acontecem apesar do fato de os usuários terem optado por rejeitar todos os cookies; (2) Sites incorporados com sincronização de ID de terceiros forçam os navegadores a realizar várias sincronizações de ID (3,51 por ID, em média) mesmo antes que os usuários tenham a chance de aceitar ou negar o consentimento; (3) Sites populares são mais propensos a desconsiderar as escolhas de consentimento dos usuários e se envolver em vazamento de ID de primeira parte e sincronização de ID; (4) Os navegadores vazam mais informações quando os usuários optam por rejeitar todos os cookies do que quando optam por não realizar nenhuma ação; (5) Nossa análise de rastreamento por código de país revela discrepâncias significativas entre os países da UE.

Nossa metodologia pode ser transformada em uma ferramenta de auditoria para reguladores, partes interessadas e formuladores de políticas de privacidade, para verificar a conformidade com o GDPR e os direitos de privacidade dos usuários.”

Ou seja, os autores do artigo acima citado descobriram que 75% de vazamentos acontecem mesmo com a rejeição dos cookies.

Os autores ainda mencionam que sempre que acessamos um novo site uma infinidade de cookies são gerados, como notamos, é possível que terceiros com reidentificação na web, construam um perfil com base nos cookies e que podem ser armazenados e vendidos para outros ou serem utilizados para anúncios. Outra questão é o Browser Fingerprinting que permite que seja rastreado na web e violam a privacidade do usuário (PAPADOGIANNAKIS *et al.*, 2021, p. 2, tradução nossa<sup>3</sup>)

*2 “Although these cases of user identification are considered “personal data processing” according to GDPR and ePrivacy [15] regulations, and must be visible to users, they often do not appear in request forms of consent managers deployed by modern websites. In this study, we highlight exactly that: the lack of transparency and user consent when it comes to websites that deploy user identification techniques like ID synchronization and browser fingerprinting. The contributions of this work are as follows:*

*We propose a fully automated method for detecting browser fingerprinting on websites using the Chromium Profiler.*

*We crawl close to one million websites and record how they track users using sophisticated forms of tracking (such as first-party ID leaking, ID synchronization and browser fingerprinting) as a function of users’ choices.*

*We find that: (1) More than 75% of leaks happen despite the fact that users have chosen to reject all cookies; (2) Websites embedded with ID synchronizing third-parties force browsers to engage in several ID synchronizations (3.51 per ID, on average) even before users had a chance to accept or deny consent; (3) Popular websites are more likely to disregard users’ consent choices and engage in first-party ID leaking and ID synchronization; (4) Browsers leak more information when users choose to reject all cookies than when they choose to take no action at all; (5) Our analysis of tracking per country code reveals significant discrepancies across EU countries.*

*Our methodology can be transformed into an auditing tool for regulators, stakeholders and privacy-policy makers, for verifying compliance with GDPR and users’ privacy rights.”*

*3 “2 BACKGROUND*

*In the world of Web, cookies are used to store identifying information for a given user. However, recent policies and regulations from browser vendors and government bodies [7, 43, 48] try to control the exposure of this identifying information to third-parties and for how long. These policies restrain the ad and tracking industry that relies on re-identifying a user for long periods to serve more targeted ads. Some of the most popular techniques used by the third-parties include ID synchronization (e.g.,*

## “2. ANTECEDENTES

No mundo da Web, os cookies são usados para armazenar informações de identificação de um determinado usuário. No entanto, políticas e regulamentos recentes de fornecedores de navegadores e órgãos governamentais tentam controlar a exposição dessas informações de identificação a terceiros e por quanto tempo. Essas políticas restringem o setor de anúncios e rastreamento que depende da reidentificação de um usuário por longos períodos para veicular anúncios mais direcionados. Algumas das técnicas mais populares usadas por terceiros incluem sincronização de ID (por exemplo, sincronização de cookies) e impressão digital de tela, mas também impressão digital baseada em fonte, WebRTC impressão digital baseada, impressão digital Audio Context e impressão digital da API de bateria.

### 2.1 Compartilhamento de ID

Sempre que um usuário visita um novo site, uma infinidade de cookies e IDs são atribuídos a ele, permitindo que terceiros o identifiquem na Web e construam um perfil com base em seu comportamento de navegação. Esses perfis podem ser posteriormente centralizados em Data Management Platforms, vendidos por data brokers, ou usados por anunciantes para licitar em leilões de anúncios, ad-retargeting e cross-device tracking. Para que as diferentes entidades da Web (por exemplo, editores, análises, corretores de dados, anunciantes etc.) (ou seja, sincronizados) juntos. Isso revelaria que o usuário que a entidade A conhece como user ABC é o mesmo usuário que a entidade B conhece como user123.

### 2.2 Impressão digital do navegador

A impressão digital do navegador é um conjunto sofisticado de técnicas, que pode ser usado para identificar exclusivamente instâncias do navegador sem armazenar nenhuma informação no lado do usuário (sem estado). Ele pode ser usado para detectar usuários mal-intencionados que criam várias contas em serviços de redes sociais ou até mesmo impedem pedidos fraudulentos em plataformas de comércio eletrônico. No entanto, essa técnica pode ser abusada por sites que violam a privacidade e, portanto, rastreiam usuários em sites ou até mesmo anônimos de sessões privadas. De fato, trabalhos anteriores mostraram que essa técnica fornece bits de entropia suficientes para rastrear usuários de maneira eficaz, mesmo através do uso do Tor Browser. Uma das técnicas de impressão digital mais prevalentes e furtivas é o Canvas Fingerprinting: nomeado após o elemento HTML canvas, que foi introduzido na versão mais recente (ou seja, HTML5). Um elemento de tela fornece a funcionalidade necessária para desenhar gráficos usando código do lado do cliente. Além disso, a impressão digital de tela depende do WebGL, uma API Java Script multiplataforma que permite aos desenvolvedores renderizar gráficos avançados usando shaders. Como resultado, os desenvolvedores têm acesso à funcionalidade de renderização, que é executada em uma GPU, porém, em um contexto HTML por meio do elemento Canvas.”

Como bem sabemos a União Europeia já tomou medidas para conter essas violações a respeito de rastreamento.

---

*cookie synchronization [2, 31, 35, 37]) and canvas fingerprinting [28], but also the font-based fingerprinting [11], WebRTC-based fingerprinting, Audio Context fingerprinting, and Battery API fingerprinting [14].*

#### *2.1 ID Sharing*

*Whenever a user visits a new website, a plethora of cookies and IDs are assigned to her, allowing first or third-parties to re-identify her across the Web and build a profile based on her browsing behavior. These profiles can be later centralized in Data Management Platforms [13], sold by data brokers [4], or used by advertisers to bid in ad auctions [33], ad-retargeting [18] and cross-device tracking [41]. For the different Web entities (e.g., publishers, analytics, data brokers, advertisers, etc.) to perform such transactions, all of the different assigned aliases (i.e., IDs) that each entity has assigned to the same user, need to be linked (i.e., synced) together. This would reveal that the user that the entity A knows as user ABC is the same user that entity B knows as user123.*

#### *2.2 Browser Fingerprinting*

*Browser Fingerprinting is a sophisticated set of techniques, which can be used to uniquely identify browser instances without storing any information on the user side (stateless). It can be used to detect malicious users that create multiple accounts in social networking services, or even stop deceitful orders in e-commerce platforms. However, this technique can be abused by privacy-violating websites and, therefore, track users across sites, or even de-anonymize private sessions. In fact, previous work [23, 28] has shown that this technique provides sufficient bits of entropy to effectively track users, even through the usage of the Tor Browser. One of the most prevalent and stealthy such fingerprinting techniques is Canvas Fingerprinting: named after the HTML canvas element, which was introduced in the latest version (i.e., HTML5). A canvas element provides the required functionality for drawing graphics using client-side code. Moreover, canvas fingerprinting relies on WebGL, a cross-platform JavaScript API that enables developers to render advanced graphics using shaders. As a result, developers have access to rendering functionality, which is performed in a GPU, however, in an HTML context via the canvas element.”*

Ferramentas de contenção de rastreamento na web, facilmente adquiridas juntamente com antivírus, deve ser primordial nos dias atuais, manter as atualizações dos produtos: sistema operacional, softwares utilizados e antivírus com proteção para web.

## DIREITOS DA PERSONALIDADE

Relacionando o conteúdo já apresentado com o direito da personalidade, iniciaremos com as palavras de (Carlos Alberto Bittar, 2000, p. 16).

“A adoção de posição flexível, dada a generalização desse campo, torna possível, a nosso ver, o abrigo dos novos direitos que, naturalmente, a reflexão científica virá identificar e trazer para o posterior sancionamento do direito positivo.

[...]

Mas, não obstante isso, podemos distribuir os direitos da personalidade em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais; os primeiros referentes a componentes materiais de estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo) e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto).

Como se observa, esses direitos referem-se, de um lado, à pessoa em si (como ente individual, como seu patrimônio físico e intelectual) e, de outro, à sua posição frente a outros seres na sociedade (patrimônio moral), representando, respectivamente, o modo de ser da pessoa e suas projeções na coletividade (como ente social).”

Dada as devidas considerações, podemos notar que a má utilização de cookies e rastreamento de dados por terceiros não autorizados e/ou quando não informam o usuário, fere o direito da pessoa, sob pena de ser penalizado com base no ordenamento jurídico, (Carlos Alberto Bittar, 2000, p. 44), já prévia a violação de diversos direitos da personalidade a saber.

“Crescem, assim, atentados a direitos da personalidade, que atingem diferentes facetas em proporções as mais amplas, em razão exatamente do espectro infinito de que se revestem certos aparatos de comunicação, como o dos satélites, que permitem a representação e a reprodução, sem limites, de imagens, sons, escritos e outros elementos integrantes do complexo valorativo da pessoa humana.

Sucedem-se, na prática, a par de usos normais, inúmeros ilícitos, como: o uso de imagem alheia em publicidade, seja em anúncios, seja em filmes, seja em cartazes e em outros meios; a utilização de criações intelectuais de outrem na identificação de produtos e de empresas; a divulgação de informações de caráter íntimo sobre a vida, ou sobre a atividade de terceiro; a revelação dos segredos – pessoais ou de indústria – de relevo; a imitação indevida de obra alheia; a inserção, em televisão, sem consulta aos titulares de direitos, de obras suas, sejam literárias, sejam artísticas, e assim por diante.

Sob o aspecto empresarial, o uso de figuras humanas em publicidade e, de outro lado, o uso maciço de criações intelectuais e artísticas, dentro da ideia de atração do consumidor pela estética, tem ampliado o leque de aparições públicas das pessoas, já extenso em função dos reflexos que a diversidade de meios de comunicação e de circulação propicia, inclusive no sistema de transportes, expondo-as intensamente ao meio social, em especial nas grandes cidades.”

No mesmo diapasão (Luciano de Almeida Lima, 2016, p. 24), escreve a respeito.

“A ação de invadir a privacidade das pessoas na busca pela informação carrega consigo também a necessidade de vigilância do indivíduo. Com a internet a possibilidade da criação de programas capazes de cruzar informações de diversos bancos de dados dispo-

níveis, aliado a câmeras de segurança dispostas nos mais diversos locais, rastreamento mediante sinais emitidos por celular; cartões magnéticos e pulseiras com chips que permitem o monitoramento dos usuários são apenas alguns exemplos dos artefatos utilizados na sociedade digital capazes de invadir a privacidade das pessoas (VIEIRA, 2007, p. 183, *apud* Lima, Luciano de Almeida, 2016, p. 24). Assim também percebe Castells:

Não é o Big Brother, mas uma multidão de irmãszinhas, agências de vigilância e processamento de informações que registram nosso comportamento para sempre, enquanto bancos de dados nos rodeiam ao longo da nossa vida – a começar, dentro em breve, com nosso DNA e características pessoais (nossa retina, nosso datilograma, na forma de marcas digitalizadas). Nas condições vigentes nos Estados autoritários, essa vigilância pode afetar diretamente nossas vidas (essa é de fato a situação da maioria esmagadora da humanidade). Mas mesmo em sociedades democráticas, em que os direitos civis são respeitados, a transparência de nossas vidas moldará decisivamente as nossas atitudes. Ninguém jamais foi capaz de viver numa sociedade transparente. Se esse sistema de vigilância e controle da Internet se desenvolver plenamente, não poderemos fazer o que nos agrada. Talvez não tenhamos nenhuma liberdade, e nenhum lugar onde nos esconder (CASTELLS, 2003, p. 148, *apud* Lima, Luciano de Almeida, 2016, p. 24).”

Tratando de autorização para coleta de informações, (Carlos Alberto Bittar, 2000, p. 45 e 46), já esclarece que é necessário prévia autorização para a ocorrência dessa prática o que no caso não vem ocorrendo hoje.

“Desse modo, na circulação jurídica de seus valores componentes - desde que disponíveis, como os direitos à imagem e os sobre certos bens intelectuais – premissa fundamental de qualquer utilização pública é a autorização expressa do titular e por via de contratos adequados, para que, previamente, possa eleger os modos pelos quais aparecerá perante o público.

Esses mecanismos – unidos ao sistema sancionatório exposto – permitem garantir ao titular, de outra parte, a remuneração correspondente ao uso ajustado, evitando, ademais, que estranhos possam, sem título jurídico próprio, ingressar no respectivo círculo, daí auferindo proventos econômicos.

Aliam-se, pois, os aspectos pessoais e os patrimoniais das relações jurídicas correspondentes, permitindo-se, a um só tempo, o respeito aos valores da personalidade do titular e a fruição, por este, dos resultados econômicos referentes à utilização pública desses bens.

Nesse sentido, para a instrumentação dos negócios jurídicos do setor, mister se faz assinalar, de início, que devem ser expressos por escritos e inseridos em contratos próprios dada a natureza dos direitos envolvidos.”

[...]

“Os contratos devem especificar a finalidade, as condições do uso, o tempo, o prazo e demais circunstâncias que compõem o conteúdo do negócio, interpretando-se restritivamente, ou seja, permanecendo no patrimônio do licenciante outros usos não enunciados por expresso.”

Com relação a privacidade (FORTES, 2000, *apud* Lima, Luciano de Almeida, 2016, p. 23). traz informações relevantes a respeito da temática.

“A busca pela informação é um caminho trilhado também pelas empresas que atuam na rede (internet). A coleta de informações pessoais dos usuários é prática comum, em grande parte acontece sem autorização, ou quando autorizada, é precedida por brindes, produtos ou serviços oferecidos ao internauta em troca das mesmas. Assim um problema começa a ser visualizado no contexto da sociedade digital, com o uso da internet, a privacidade é totalmente invadida ou se torna uma moeda de troca. Disponibilizar informações pessoais em troca de benefícios acaba por se tornar uma prática comum dos usuários.

As empresas que prestam serviços pela internet e que possuem como principal fonte de renda o marketing, habitualmente monitoram seus usuários e utilizam de suas informações vendendo para outras empresas ou traçando o perfil do consumidor para obter alguma vantagem comercial (CASTELLS, 2003). No espaço virtual o risco à privacidade

dos usuários é crescente. Quase todos os serviços oferecidos pela internet têm como condição a coleta, o armazenamento, o tratamento e a difusão de dados relacionados com a vida privada dos indivíduos. Seja essa coleta de dados feita de forma clara e com o consentimento do usuário, seja de forma velada, ela acontece (GONÇALVES, 2003, *apud* Lima, Luciano de Almeida, 2016, p. 23).

Essa excessiva valorização da informação de per si na economia informacional, global e em rede aliada à pressão do mercado por maior produtividade permitiu que as empresas organizadas em rede – passassem a explorar, desmesuradamente, a intimidade e a vida privada de seus clientes, esquadrinhando informações pessoais para, desta forma, personalizar o marketing e oferecer maior eficiência nos serviços oferecidos. Nesse contexto, a web – enquanto fenômeno dessa nova forma de organização social, política e econômica denominada sociedade da informação – atua como uma ameaça à privacidade de seus usuários (VIEIRA, 2007, p. 190, *apud* Lima, Luciano de Almeida, 2016, p. 23)."

A proteção e o tempo de uso dessas informações se compreendem de suma importância para o indivíduo, principalmente relacionado ao direito ao esquecimento e período de uso desses dados (Edson Luis da Silva Sardinha, 2021, p. 10), trata a respeito.

"Direito ao Esquecimento seria um direito de limitar que se disseminem informações passadas pelos meios de comunicação que sejam consequência de curiosidade alheia, ou seja, interesse do público e que possa trazer graves danos ao titular e o principal, não possuam interesse público e não tenham valor histórico.

No ponto de vista de (Chehab, 2015, p.563-596, *apud* Edson Luis da Silva Sardinha, 2021, p. 10), o direito ao esquecimento consiste na escolha que a pessoa possui de ver um dado ou fato referente a si apagado, diante do passar do tempo ou então porque viola um direito fundamental. Tal direito figuraria como uma espécie de apagamento, que em virtude do tempo ou da relação com os direitos fundamentais referentes à personalidade, deveriam perecer."

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O respeito a privacidade, paulatinamente vem diminuindo, devido as intemperes da vida cotidiana na internet, com o passar do tempo esse direito fundamental vem sendo diminuído seu valor sem as devidas proteções, as leis não estão acompanhando essa evolução digital e tão pouco cobrindo todos os campos que dizem respeito.

Aqueles que projetam a lei não levam em conta a vida digital, onde um campo fértil para empresas e terceiros violarem os direitos sem serem responsabilizados por seus atos, e suas informações e dados sendo vendidos, sem que o Estado tome as devidas medidas para coibir tal postura, seja por falta de capacidade intelectual no ramo da tecnologia dentro do Congresso, seja por falta de interesse em proteger esses direitos no campo da tecnologia, o caso poderá se agravar ainda mais com a questão de ambientes metaverso, cada vez mais presente e promissor na Web.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto, Os direitos da personalidade – 4. Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HOSTIGATOR. O que são e para que servem os Cookies da web? 2020. Disponível em <https://www.hostgator.com.br/blog/o-que-sao-os-cookies-da-web> - acesso em: 05/05/2022.

LIMA, Luciano de Almeida. O direito à privacidade nas redes sociais na internet / Luciano de Almeida Lima. – Ijuí, 2016.

PAPADOGIANNAKIS, E.; PAPADOPOULOS, P.; KOURTELLIS, N.; MARKATOS, E. P. User Tracking in the Post-cookie Era: How Websites Bypass GDPR Consent to Track Users. 19 abr. 2021. Proceedings of the Web Conference 2021 [...]. New York, NY, USA: Association for Computing Machinery, 19 abr. 2021. p. 2130–2141. DOI 10.1145/3442381.3450056. Disponível em: <https://doi.org/10.1145/3442381.3450056>. Acesso em: 10 março 2022.

SARDINHA, Edson Luis da Silva. O direito ao esquecimento: considerações sobre o julgado do STF RE n. 1010606. 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1540> Acesso em: 05 junho 2022.



## Direito autoral dos animais

---

**Nivaldo Sebastião Vícola**

*Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil pela USP. Graduado em Direito pela USP. Sócio do Aversa Araújo advogados. Professor e membro do NDE do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP*

**Rogério Luis Serôdio**

*Mestrando em Direito pela Universidade UNIFIEO. Pós-graduado em Direito militar pela Escola Paulista de Direito, Graduado em Direito pela FMU,. Oficial das forças armadas*

**Cícero Edson Machado**

*Mestrando em Direito pela Universidade UNIFIEO. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado em Governança em TI pela Faculdade UMC. Graduado em Direito pela FMU, Graduado em Sistemas de Informação pelas Faculdades Oswaldo Cruz. Advogado e Analista de Sistemas*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.146.12

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de atribuir-se os direitos de autor e os que lhes são conexos sobre as obras literárias, artísticas ou científicas aos animais não-humanos. Cientes da complexidade e, porque não dizer, da perplexidade do tema, eis que, analisado sob a ótica da dogmática tradicional e da filosofia racionalista dos séculos XVII e XVIII, mais especificamente dos pensamentos cartesiano e kantiano, que divide os seres pela racionalidade e reduz os animais não-humanos a “coisas”, o posicionamento parece ser óbvio no sentido de negar tal possibilidade. Porém, quando analisamos a questão sob a perspectiva do atual estado do desenvolvimento científico, tecnológico e social, que, conforme recentemente admitido pelo Parlamento Europeu, coloca a humanidade no limiar de uma nova revolução industrial provocada pelas sofisticadas formas da inteligência artificial (IA) e recomenda aos Estados-Membros que, no estabelecimento de suas políticas, levem em conta “as exigências em matéria de bem-estar dos animais, enquanto seres sensíveis”, parece inevitável a mudança de postura no sentido de flexibilizar o entendimento legislativo e dogmático tradicional, visando adequar as instituições jurídicas à nova configuração que se avizinha.

**Palavras-chave:** direito do autor. animais não-humanos. natureza jurídica dos animais. o caso naruto. personificação dos animais não-humanos.

## ABSTRACT

The present work object to analyze the possibility of attributing copyright and related rights on literary, artistic or scientific works to non-human animals. Aware of the complexity and, why not say, of the perplexity of the theme, behold, analyzed from the perspective of traditional dogmatism and rationalist philosophy of the 17th and 18th centuries, more specifically from Cartesian and Kantian thoughts, which divides beings by rationality and reduces non-human animals to “things”, the position seems to be obvious in the sense of denying such a possibility. However, when we analyze the issue from the perspective of the current state of scientific, technological and social development, which, as recently admitted by the European Parliament, places humanity on the threshold of a new industrial revolution provoked by the sophisticated forms of artificial intelligence (AI) and recommends that Member States, when establishing their policies, take into account “the requirements in terms of the welfare of animals, as sentient beings”, it seems inevitable that a change in posture in the sense of making the traditional legislative and dogmatic understanding more flexible, aiming to adapt the legal institutions to the new configuration that lies ahead.

**Keywords:** author’s right. non-human animals. legal nature of animals. the naruto case. personification of non-human animals.

## EXISTE A POSSIBILIDADE DE ATRIBUIR-SE A AUTORIA DE UMA OBRA INTELLECTUAL A UM ANIMAL NÃO-HUMANO?

Se retrocedêssemos no tempo, três ou quatro décadas, quando muito, e fizéssemos a pergunta acima, a probabilidade de não sermos levados a sério, ou de não sermos merecedores de resposta mais aprofundada seria, por certo, baixíssima, quiçá, inexistente.

Isto porque, bem sabemos, a ciência, genericamente considerada e a ciência do Direito em especial, sempre considerou os animais não-humanos como “coisas”, eis que, destituídos de intelecto, foram colocados na condição de “seres não pensantes”.

Sem adentrarmos a fundo nas questões filosóficas que circundam o tema, mesmo porque não é o objeto central e imediato deste estudo, deve-se lembrar, com WEISCHEDEL (2001: p. 139)<sup>1</sup> que

“No conceito de homem, tal e como apresenta Descartes, abre-se caminho para uma segunda consequência funesta. Para ele, a natureza do eu é pensamento e nada mais. Desde logo, o significado no sentido mais amplo, ou seja, abarcando o sentir e o querer ou, em poucas palavras, todo o campo da consciência. Porém, abre-se um abismo dificilmente transponível pelo homem, como ser consciente, como “coisa pensante”, e os outros seres não conscientes, não pensantes.”

No mesmo sentido é a lição do professor JUNQUEIRA AZEVEDO (2002, p. 94)<sup>2</sup> quando, após negar razão tanto a Descartes quanto a Kant relativamente à classificação dos animais não humanos, lembra que, enquanto Descartes afirma que os “animais são máquinas que se movem”, Kant, quase um século depois vai “reduzi-los a coisas”.

Não é de estranhar, portanto, que a moderna ciência do Direito e conseqüentemente, todo o movimento de codificação, iniciado no século XIX com o Código de Napoleão de 1804, tenha tratado os animais não-humanos de bens móveis por natureza (que podem se locomover por força própria – semoventes).

Referido tratamento, aliás, não foi diverso entre nós eis que, na esteira do movimento iniciado na Europa no século XVII, o legislador pátrio não hesitou em adotar idêntica classificação em relação aos animais não-humanos.

Tanto é assim que, enquanto ao Art. 47 de nosso diploma civil de 1916 considerava “móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia”; o Art. 82 do diploma de 2002 afirma serem “móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

Portanto, na condição de coisas “não pensantes” parece obvio supor, num primeiro momento, a impossibilidade de atribuir-se, aos animais não-humanos, a capacidade de produzir obras ou trabalhos intelectuais, como ocorreu até a última década do século XX.

Ocorre, entretanto, que a visão cartesiana dualista e mecanicista do mundo acima apontada pelo saudoso professor Junqueira Azevedo, sofreu e vem sofrendo considerável flexibilização, tanto no plano filosófico, quanto no jurídico, este último especialmente a partir do final do século XX, com significativas alterações legislativas conforme adiante teremos oportunidade de analisar.

No plano filosófico pode-se apontar, novamente com o professor JUNQUEIRA AZEVEDO<sup>3</sup>, quando, citando Hans Jonas, afirma tratar-se de verdadeira “violência dogmática” a negação da presença de “elementos subjetivos no agir e sofrer dos animais”.

Diga-se, por oportuno, que ideia semelhante havia sido defendida por Jeremy Bentham

<sup>1</sup> WEISCHEDEL, Wilhelm. *A escada dos fundos da filosofia: a vida cotidiana e o pensamento de 34 grandes filósofos*. 3 ed. São Paulo: Angra, 2001.

<sup>2</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. REVISTA USP, São Paulo, nº 53, p. 90-101, março/maio 2002.

<sup>3</sup> Ob. Cit., p. 94.

(1748-1832) ao destacar a capacidade de sofrer dos animais não humanos (seres sencientes).

Parece-nos, entretanto, de vital importância para sedimentar as posições de Jeremy Bentham e Hans Jonas acima apontadas, as disposições do Artigo 13 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de outubro de 2012<sup>4</sup>, estabelecendo que, tanto a União Europeia, quanto os Estados-Membros deverão, no estabelecimento de suas políticas, levar em conta “as exigências em matéria de bem-estar dos animais, enquanto seres sensíveis”.

## O CONCEITO DE AUTOR

Conforme a lição da professora Silmara Juny de Abreu Chinellato<sup>5</sup>, “a palavra autor advém de *auctor, oris*, que significa aquele que faz crescer, aquele que produz”. Por seu turno, ainda segunda a lição da festejada professora, outra palavra para a compreensão do termo é “*opera, ae*, cujo significado é atividade do trabalhador, trabalho, ocupação”. Assim, partindo do significado etimológico das palavras “autor” e “obra”, concluímos que o termo autor, tomado em seu sentido lato (criador, artista, intérprete e executante) é aquele que trabalha, que cria.

No mesmo sentido andou o legislador pátrio ao estabelecer, no Art. 11, caput, da Lei 9610/1998, que “Autor é a **pessoa física** criadora de obra literária, artística ou científica.” (grifamos)

Portanto, tomado o preceito legal acima transcrito, parece não restar dúvidas a respeito da impossibilidade de atribuir-se a autoria a animais não-humanos, inclusive porque, conforme Silmara Juny de Abreu Chinellato<sup>6</sup>

“A ordem jurídica atribui direitos e deveres a **toda pessoa, termo empregado pelo Código em substituição a “homem”**, seguindo a tendência de tratados, convenções e declarações internacionais. A personalidade, aptidão para ser titular de direitos e deveres, é insita à pessoa, enquanto a capacidade é a medida da personalidade. Diz-se que a personalidade é um quid (substância, essência) e a capacidade, um quantum.” (grifamos)

No mesmo sentido é a lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>7</sup> ao afirmar que,

“segundo o uso doutrinário mais tradicional, **o sujeito jurídico, enquanto ser humano, é aquele que é sujeito de um direito ou de um dever correspondente. Nesses termos, fala-se em pessoa, conceito que provém do Cristianismo e que aponta para a dignidade do homem insusceptível de ser mero objeto.** A personificação do homem foi uma resposta cristã à distinção, na Antiguidade, entre cidadãos e escravos. Com a expressão pessoa obteve-se a extensão moral do caráter de ser humano a todos os homens, considerados iguais perante Deus. No direito, assim, o homem é para o homem sempre pessoa, nunca objeto, vai dizer Kant.”

E, para arrematar, lembramos a esclarecedora lição da professora Silmara Chinellato<sup>8</sup> quando, após ressaltar, com Walter Moraes, que a proteção da obra fica condicionada à obediên-

<sup>4</sup> “Artigo 13.o Na definição e aplicação das políticas da União nos domínios da agricultura, da pesca, dos transportes, do mercado interno, da investigação e desenvolvimento tecnológico e do espaço, a União e os Estados-Membros terão plenamente em conta as exigências em matéria de bem-estar dos animais, enquanto seres sensíveis, respeitando simultaneamente as disposições legislativas e administrativas e os costumes dos Estados-Membros, nomeadamente em matéria de ritos religiosos, tradições culturais e património regional.” (grifos nossos)

<sup>5</sup> CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do código civil. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 18.*

<sup>6</sup> COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da., Org. e CHINELLATO, Silmara Juny, Coord. *Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9 ed. São Paulo, Manole: 2016. p. 32.*

<sup>7</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 125.*

<sup>8</sup> CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do código civil. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 24.*

cia dos requisitos da “criatividade, originalidade, exterioridade e que não seja resultado de mero trabalho mecânico”, arremata:

“É necessário, também, **ter sido criada por pessoa humana**, sendo bastante debatida a autoria por pessoa jurídica, admitida em caso de obra coletiva, dotada de certa originalidade, formalizada por meio de suporte tangível ou intangível, como a voz ou a internet.”

Veja-se, nesse sentido, o parágrafo único do Art. 11 da Lei 9610/1998 ao dispor que: “a proteção concedida ao autor **poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei**, ressaltando, a respeito do tema, conforme destacado pela professora Silmara na obra acima referenciada, o trabalho do professor Antonio Carlos Morato<sup>9</sup>: Direito de autor em obra coletiva. Coleção Prof. Agostinho Alvim, São Paulo: Saraiva, 2008, assim considerada aquela que tem com critério distintivo **“a fusão das contribuições em uma única obra somada ao fato de que uma pessoa a organizou e divulgou sob seu nome.”**”

Parece também importante ressaltar, no sentido de reafirmar o posicionamento acima, que: a) nos termos do Art. 4º da Lei 9.610/98, os negócios jurídicos sobre direitos autorais devem ser interpretados restritivamente; b) nos termos do disposto no Art. 7º da mesma Lei, “são obras intelectuais protegidas **as criações do espírito**”; e c) historicamente as legislações **não tratam os animais como pessoas**.

No mesmo diapasão são as disposições da Lei italiana de Direitos de Autor (Lei 633/1941) e do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português (Lei nº 16/2008).

Enquanto a lei italiana dispõe, em seu Art. 6º, que *“il titolo originario dell’acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell’opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale”*; o Art. 11º da lei portuguesa estabelece que *“o direito de autor pertence ao criador intelectual da obra, salvo disposição expressa em contrário.”*

Veja-se a respeito o posicionamento do professor Miguel Reale (p. 230)<sup>10</sup> quando, discorrendo a respeito da capacidade, assim se manifesta:

**“Todo homem, mas tão-somente o homem, é capaz de direitos e obrigações. Não pode ser sujeito de direitos uma coisa, nem tampouco um animal irracional.** Já houve tempo em que se atribuíram direitos aos animais, mesmo sem se falar no episódio ridículo de Calígula garantindo situações excepcionais a seu cavalo, ou, ainda, sem fazer referência ao tirano renascentista que obrigava todos os seus concidadãos a saudar com reverência o seu chapéu ”

E, prosseguindo nessa análise (p. 231), questiona o saudoso mestre, se o fato de hoje existirem dispositivos legais protetores dos animais irracionais e plantas<sup>11</sup> não colocaria em cheque tal consenso. Concluindo negativamente, afirma que o fato de existir Sociedade Protetora dos Animais, com poderes para processar aqueles que causam sofrimento a animais, não significa o reconhecimento do “direito do animal à própria vida ou integridade”, pois, quando “se protege um animal, não se lhe reconhece um direito, mas apenas se respeitam os valores de afetividade, de bons sentimentos que é um apanágio dos homens civilizados”. A proteção aos animais, portanto, não passa de princípio moral.”

Posto isto, parece razoável supor que as locuções “criações do espírito”, “trabalho inte-

<sup>9</sup> MORATO, Antonio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>10</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 230-231.

<sup>11</sup> Vale lembrar, a esse respeito, o disposto no Art. 225, par. 1º, VII, de nossa Constituição Federal em vigor: *“incumbe ao Poder Público: “VII - o dever de proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”*

lectual” e “criador intelectual” contidas na legislação brasileira, italiana e portuguesa, respectivamente, fazem referência à espécie humana.

## O CASO NARUTO

Em apertada síntese, trata-se de um episódio ocorrido em 2011, na reserva de Tangkoko, Indonésia, quando após tentativas frustradas de fotografar os macacos-de-crista, o fotógrafo norte-americano David Slater percebendo um aparente incômodo dos macacos com sua presença, fixou sua câmera sob um tripé e, após configurá-la para o modo autofocus, afastou-se do local. Foi quando um dos macacos, apelidado de Naruto, aproximou-se da câmera, apertou o obturador e efetuou a selfie a seguir.



Foto: Wild Monkey/David Slater/Caters News

Em 2014 Slater publicou um livro intitulado *Wildlife Personalities* contendo, entre outras, a foto acima, do citado macaco. Em face do sucesso e repercussão do caso, a *People for the Ethical Treatment of Animals* – PETA, organização não governamental americana, com sede em Norfolk, no Estado da Virgínia, tendo identificado que se tratava de selfie realizada pelo macaco Naruto, ajuizou ação contra Slater.

Em janeiro de 2016 o tribunal decidiu que os direitos autorais pertenciam ao fotógrafo, proprietário da câmera. A PETA recorreu ao Tribunal de São Francisco e, em setembro de 2017, as partes chegaram a um acordo, onde Slater se comprometera a destinar 25% das receitas futuras obtidas com a foto, para instituições que se ocupem dos cuidados com macacos.

O Tribunal de São Francisco, entretanto, sob a alegação de que uma decisão judicial no caso seria importante para orientação jurisprudencial em casos semelhantes, decidiu pela continuidade do processo e, em 27/04/2018, julgou a ilegitimidade ativa da PETA que, segundo entendimento daquela Corte, “usou o macaco para promover sua agenda ativista.”<sup>12</sup>

É oportuno observar que, entre nós, além do Ministério Público, são legitimados para propor ação civil pública, a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, Autarquia, Empresa Pública, Fundação ou Sociedade de Economia Mista, além de associações que preencham os requisitos de temporalidade e finalidade previstos na Lei 7.347/1985.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/tribunal-americano-decide-que-macaco-nao-e-autor-de-famosa-selfie.html> > acesso em 22 mar, 2019.

<sup>13</sup> Lei 7.347/1985 – Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - O Ministério Público;

II - A Defensoria Pública;

III - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - A autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - A associação que, concomitantemente:

a) Esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) Inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à

Ainda, segundo o Tribunal de São Francisco, “animais não podem processar terceiros por violações de direitos autorais, algo que a lei reserva a humanos”.

Com a devida vênia, parece-nos forçoso admitir que a posição da Corte de São Francisco não diverge substancialmente da posição de Miguel Reale acima transcrita.

O caso ficou famoso e reabriu, no cenário jurídico internacional, não apenas as questões relacionadas aos direitos fundamentais dos animais, mas também a questão relacionada ao direito autoral.

Vale lembrar que, em 2012, ocorreu caso semelhante, na cidade de Columbus, Indiana, na ocasião envolvendo o cavalo “Justin” que chamava a atenção por suas habilidades artísticas. Referido animal, em vez de pular obstáculos ou trotar, o quadrúpede é pintor, e algumas de suas obras chegaram a ser vendidas por até R\$ 5 mil, além de render comparações ao famoso artista americano Jackson Pollock.

## A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS NA ATUALIDADE

Conforme tivemos oportunidade de discorrer no início deste estudo, tanto para a dogmática tradicional, quanto para o pensamento filosófico racionalista dos séculos XVII e XVIII os animais não-humanos foram e, por muitos continuam sendo tratados como “coisas”, eis que, destituídos de intelecto - “seres não pensantes”.

Portanto, com fundamento nesse posicionamento dogmático-filosófico, cabe perguntar: poder-se-ia atribuir personalidade jurídica aos animais não-humanos?

Vale, com relação à indagação acima, a mesma afirmação que fizemos anteriormente, ao abordar a questão inicial desta pesquisa pois, certamente, se efetuássemos tal pergunta há três ou quatro décadas, quando muito, a probabilidade de não sermos levados a sério, ou de não sermos merecedores de resposta mais aprofundada seria, por certo, baixíssima, quiçá, inexistente, eis que a posição quase unânime da dogmática jurídica e da filosofia em relação aos animais não-humanos, como visto acima era de os mesmos não passavam de coisas.

Sem adentrarmos a fundo nas questões filosóficas que circundam o tema, mesmo porque não é o objeto central e imediato deste estudo, deve-se lembrar, com WEISCHEDEL (2001: p. 139)<sup>14</sup> que

“No conceito de homem, tal e como apresenta Descartes, abre-se caminho para uma segunda consequência funesta. Para ele, a natureza do eu é pensamento e nada mais. Desde logo, o significado no sentido mais amplo, ou seja, abarcando o sentir e o querer ou, em poucas palavras, todo o campo da consciência. Porém, abre-se um abismo dificilmente transponível pelo homem, como ser consciente, como “coisa pensante”, e os outros seres não conscientes, não pensantes.”

No mesmo sentido é a lição do professor Junqueira Azevedo (2002, p. 94)<sup>15</sup> quando, após negar razão tanto a Descartes quanto a Kant relativamente à classificação dos animais não humanos, lembra que, enquanto Descartes afirma que os “animais são máquinas que se

*ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”*

*14 WEISCHEDEL, Wilhelm. A escada dos fundos da filosofia: a vida cotidiana e o pensamento de 34 grandes filósofos. 3 ed. São Paulo: Angra, 2001.*

*15 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. REVISTA USP, São Paulo, nº 53, p. 90-101, março/maio 2002.*

movem”, Kant, quase um século depois vai “reduzi-los a coisas”.

Deve-se ressaltar, no entanto, que embora Kant negasse obrigações para com os animais, que considera seres sem racionalidade e, portanto, sem aptidão para autonomia. Isso não significa afirmar que o homem possa ser cruel com os animais, não em razão dos animais, mas porque o homem deve evitar a crueldade.

É também oportuno observar, por questão de coerência, que coube a Jeremy Bentham (1748-1832) uma espécie de primazia no sentido de flexibilizar essa questão eis que, para o filósofo utilitarista britânico o que deve ser considerado quando se analisa a **característica de sentir dos animais, não é a racionalidade, mas a capacidade de sofrer**. Nesse sentido, não importa se um ser raciocina, fala ou se expressa de alguma forma os seres raciocinam ou possuem proficiência linguística, **se possuem sentiência são seres eticamente consideráveis**.

Hoje o termo é utilizado no sentido de que **um ser senciente (característica exclusiva dos animais) é aquele que tem capacidade para experiências, ou seja, capacidade para receber e reagir a estímulos de forma consciente**. Nesse sentido diz-se que a característica marcante de um ser senciente é a capacidade de sentir dor.

Referido argumento parece ser, na atualidade, aquele que sensibiliza e ocupa a pauta de diversos Legislativos ao redor do mundo. Adotado na Europa no final do século XX, o movimento legislativo de retirar dos animais a condição de “coisas”, tem sido cada vez mais presente.

A título de exemplo dessa preocupação cada vez mais constante, elaboramos o quadro a seguir, procurando mostrar, ainda que de modo sucinto, como alguns dos principais países europeus, adeptos do sistema romano-germânico, estão gradualmente, alterando suas legislações para adequar-se àquela que parece ser a nova realidade, ou seja, a alteração da natureza jurídica dos animais não-humanos, retirando-os da incômoda condição de coisas.

Referido movimento, aliás, tem o respaldo do Parlamento Europeu que, no Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, de outubro de 2012, estabeleceu, em seu artigo 13, que, tanto a União Europeia, quanto os Estados-Membros, deverão, no estabelecimento de suas políticas, levar em conta “as exigências em matéria de bem-estar dos animais, enquanto seres sensíveis”.

Esta é também a posição da Igreja Católica exarada na Encíclica *Laudato Si*, de 2015, do Papa Francisco, estabelecendo que “o coração é um só, e **a própria miséria que leva a maltratar um animal não tarda a manifestar-se na relação com as outras pessoas**. [...] Tudo está relacionado”. (grifamos)

Quadro comparativo:

PAÍS	ANO	NATUREZA JURÍDICA
Alemanha	1990	Os animais não são coisas. Estão protegidos por leis especiais.
Áustria	1988	Os animais não são coisas; eles são protegidos mediante leis especiais.
Suíça	2002	Os animais não são coisas ou objetos.
Holanda	2011	Animais não são coisas.
França	2015	Seres sensíveis

Portugal	2017	Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza. (*)
Brasil	2002	<p>Bens móveis</p> <p>Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.</p> <p>Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:</p> <p>I - As energias que tenham valor econômico;</p> <p>II - Os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;</p> <p>III - Os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.</p> <p>Art. 1.313. O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para:</p> <p>I - Dele temporariamente usar, quando indispensável à reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisório;</p> <p>II - Apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente.</p>

(\*) **Redação do Art. 201º-B do Código Civil.**

Em excelente artigo publicado na Revista Jurídica Luso Brasileira, de dezembro de 2017, intitulado “A natureza Jurídica dos Animais à Luz da Lei nº 8/2017, de 3 de março”, Antonio Barreto Menezes Cordeiro analisa as diversas etapas do processo legislativo que resultou na aprovação da alteração do Art. 201º-B do Código Civil Português, desde a apresentação do primeiro Projeto de Lei nº 164/XIII, de 14/4/2016), do Partido Socialista.

Sustenta o professor da Faculdade de Direito de Lisboa - FDUL (p. 27) que a reforma do Código Civil português se impunha em face do “artigo 13º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que apresenta **os animais como seres sensíveis, impondo aos Estados-Membros um especial cuidado com o seu bem estar**”. (grifos nossos)

Com a devida vênia, ousamos destacar aqui, pois nos parece oportuno, dois pareceres citados pelo professor Antonio Barreto Menezes Cordeiro no referido artigo, os quais foram apresentados durante o processo legislativo do Projeto de Lei nº 164/XIII acima citado. Referimo-nos aos pareceres do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP) e da Ordem dos Advogados (OAB), os quais, conforme sustenta o ilustre professor da FDUL, na esteira do Projeto de Lei nº 171/XIII, de 15/4/2016, do PAN (PESSOAS-ANIMAIS-NATUREZA), “**avançam para uma personificação total dos animais**”.

Dentre as alegações do CSMP e da OAB, encontram-se as seguintes:

a) Conselho Superior do Ministério Público:

“1. Os animais são **titulares de direitos e deveres** decorrentes de legislação especial, podendo ser objeto de relações jurídicas.

2. São subsidiariamente aplicáveis aos animais as disposições relativas às coisas, quando se harmonizem com a natureza dos seus direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido.”

b) Ordem dos Advogados:

“1. Os animais são **titulares de direitos** e podem ser objeto de relações jurídicas, nos

termos regulados por legislação especial.

2. Na ausência de lei especial, são supletivamente aplicáveis aos animais as disposições relativas às coisas que não contrariem a natureza daqueles.”

Cumpra observar que a tese adotada pelo Parlamento Português foi a de que **“os animais continuam a ser objetos jurídicos (coisa em sentido amplo), mas deixaram de ser coisas em sentido estrito”**.

Diga-se, por oportuno, que referida tese é semelhante àquela defendida entre nós pelo professor Alfredo Domingues Barbosa Migliore em sua Tese de doutorado<sup>16</sup>, por ocasião da análise das modificações a respeito do tema objeto deste estudo, adotadas pelo legislador alemão. Segundo Migliore, **“a nova classificação alemã afasta os animais dos objetos inanimados, mas eles continuam, contudo, pertencendo fundamentalmente à categoria do objeto do direito: o objeto animal.”** (grifamos)

É oportuno também destacar a posição inovadora e, porque não dizer, ousada, do professor Alfredo Miglore, sustentada na supra citada Tese de doutorado. Segundo o mencionado autor:

“Em síntese, visto que: (i) **o conceito jurídico de pessoa, embora traga forte carga valorativa, não se identifica plenamente, nem se encaixa como uma luva ao conceito de ser humano**; (ii) nenhuma das acepções estritas de pessoa é capaz de explicar a personalidade jurídica dos incapazes; e (iii) **aparentemente, nada obsta, na lei, a sua progressiva aplicação para outros seres pensantes e moventes, dignos de respeito e proteção jurídica, parece possível mesmo a extensão do conceito para a hipótese não prevista e nunca dantes coligada de personificação dos grandes primatas não-humanos.**” (p. 343)

No mesmo sentido é a posição de Cláudia Maria Almeida Rabelo, sustentada em artigo publicado na Revista *magister de direito ambiental e urbanístico*<sup>17</sup>, nos seguintes termos:

“Como alternativa de proteção aos animais foi apresentada a **teoria da personificação, pela qual se equipara os animais às pessoas relativamente incapazes, bem como a teoria dos entes despersonalizados, pela qual os animais seriam ‘sujeitos’ de direitos**, entes intermediários entre ‘coisas’ e ‘pessoas’. Após “após análise das divergências doutrinárias, apontou-se que a **melhor solução seria a descoisificação dos animais, a partir da teoria dos entes despersonalizados, reconhecendo-os como sujeitos de direitos, não obstante não serem personificados**. Tal tese classifica os animais como **sujeitos de direito, embora não seja seres humanos, afastando o argumento de que o fato de os animais adquirirem a personalidade violaria o princípio da dignidade humana**”. (grifos nossos)

Referida teoria, ao que parece, foi a adotada pela Câmara de Cassação Penal de Buenos Aires, quando do julgamento do caso da orangotango conhecida como “Sandra”<sup>18</sup>, decidiu, em sede de Habeas Corpus promovido pela AFADA – Associação dos Funcionários e Advogados para os Direitos Animais, pela transferência da orangotango para o Great Ape Project – Sorocaba – SP.

Segundo ativistas da AFADA: **“Sandra é uma pessoa não humana, pois mantém laços afetivos, raciocina, sente, se frustra com o confinamento, toma decisões, possui au-**

<sup>16</sup> MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *A personalidade jurídica dos grandes primatas. Tese. Programa de Pós Graduação em Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 144.*

<sup>17</sup> RABELO, Cláudia Maria Almeida. *Análise do processo de descoisificação dos animais: um estudo sob a égide dos paradigmas contemporâneo. Revista magister de direito ambiental e urbanístico. Salvador - Ano XII – nº 68 – pp. 69-89, OUT-NOV 2016 / 88, p. 88.*

<sup>18</sup> Disponível em: <https://www.vista-se.com.br/justica-argentina-reconhece-simia-como-sujeito-de-direito-e-a-liberta-de-zoologico/>

**toconsciência e percepção do tempo, chora as perdas, aprende, se comunica e é capaz de transmitir o que aprendeu.”**

Outra decisão paradigmática no sentido de reconhecer os animais não-humanos como sujeitos de consideração moral foi a decisão recente da Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria do Desembargador Carlos Alberto Garbi, que determinou a guarda compartilhada de um cão aos ex-cônjuges<sup>19</sup>. Segundo o relator “é preciso, como afirma Francesca Rescigno, superar o antropocentrismo a partir do reconhecimento de que o homem não é o único sujeito de consideração moral, de modo que os princípios de igualdade e justiça não se aplicam somente aos seres humanos, mas a todos os sujeitos vivos”.

Por fim, mas não menos importante, cumpre lembrar que se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados o PL N° 3670/2015, de autoria do Senador Antonio Anastasia - PSDB/MG (origem PLS 351/2015).

Referido Projeto de Lei, que já recebeu Parecer do Relator, Deputado Rodrigo de Castro (PSDB-MG), pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação, altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para **determinar que os animais não sejam considerados coisas, mas bens móveis para os efeitos legais, salvo o disposto em lei especial.**<sup>20</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece, portanto, que a tentativa de atribuir-se direitos autorais aos animais se insere mais no campo da ética do que propriamente jurídico. Isto porque ao tomarmos por base a legislação vigente e considerarmos que o Direito de Autor é uno e único, estabelecendo, como ensina a Professora Silmara Juny de Abreu Chinellato, uma perfeita simbiose entre os aspectos morais e patrimoniais que envolvem a proteção das criações do espírito humano, parece inevitável afirmar a inexistência de tal inserção, mesmo porque, em relação aos animais não-humanos haverá uma clara e visível incompletude entre as esferas moral e patrimonial, especialmente em relação a esta última.

Entretanto, conforme tivemos oportunidade de observar, através das pesquisas realizadas, que a dogmática jurídica tradicional vem sendo claramente influenciada por um movimento filosófico que impõe aos Estados, no estabelecimento de suas políticas, o reconhecimento “das exigências em matéria de bem-estar dos animais, enquanto seres sensíveis”, como fez recentemente a União Europeia.

Em face dessa nova orientação filosófica verificamos o surgimento, primeiro na Europa, depois ao redor do mundo, de movimento legislativo visando afirmar retirar dos animais a condição de coisas em sentido estrito.

Dada a complexidade e relevância do tema, deixamos, para reflexão, as seguintes pala-

<sup>19</sup> <http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/10654/TJSP+autoriza+guarda+alternada+de+animal+de+estimação>.

<sup>20</sup> “Art., 83 .....

IV – Os animais, salvo o disposto em lei especial.

Parágrafo único. Os animais não serão considerados coisas.” (NR)

“Art. 1.313. ....

II – Apoderar-se de coisas suas, bem como de animais que aí se encontrem casualmente. ....

§ 2º Na hipótese do inciso II, uma vez entregues as coisas ou os animais buscados pelo vizinho, poderá ser impedida a sua entrada no imóvel. ....” (NR)

avras do professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, Fernando Araújo, proferidas na Introdução ao Curso de Verão FDUL / CIDP, 2017:

“O tema dos Direitos dos Animais parece finalmente seguir, entre nós, a tendência internacional, que é a de estar a converter-se num tema respeitável dentro do claustro académico – e, com essa respeitabilidade, estar a tornar-se num assunto válido, relevante, visível dentro dos temas que agitam a nossa consciência coletiva e que formam o padrão básico da nossa moralidade.”

Em vista disso, finalizamos com a esclarecedora lição do professor Eduardo C.B. Bittar, in “Bioética e direito: a luta pela não reificação da vida”<sup>21</sup>, nos seguintes termos:

“onde está o poder-tecnológico estará o poder-de-disposição da vida, e, como o poder-tecnológico dará o tom do processo civilizatório de agora em diante e fará da história uma história do progresso tecnológico, a ciência dogmática do direito não poderá perder a atitude de quem, apesar das trevas me medram no entorno, enxergar de forma atenta e vigilante a proteção da vida como algo de extrema urgência, presente, portanto, neste futuro-já-aqui-presente.”

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Lia do Valle C. de. A ética e a experimentação animal à luz do direito brasileiro e da união europeia. Revista Brasileira de Direito Animal – RBDA, Salvador, V. 10, N. 18, pp. 75-110, já/abr. 2015.

ANDRADE, Fernanda e ZAMBAM, Neuro José. A condição de sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério da senciência. Revista Brasileira de Direito Animal – RBDA, Salvador, V. 11, N. 23, pp. 143-171, SET-DEZ 2016 / 143.

ARAÚJO, Fernando. Introdução: O Estatuto dos Animais – Na Ciência, na Ética e no Direito. Revista Jurídica Luso Brasileira, Ano 3 (2017), nº 6. p. 1-6.

ATALÁ Correia; CAPUCHO Fábio Jun, Coord. Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato. São Paulo, Manole: 2019.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. REVISTA USP, São Paulo, nº 53, p. 90-101, março/maio 2002.

BARROS MONTEIRO, Washington e BARROS MONTEIRO, Ana Cristina. Curso de direito civil. v. 1. 45 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à constituição do Brasil. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito do autor. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CATALANO, Pierangelo. Diritto e persone. I. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

\_\_\_\_\_. Os direitos da personalidade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>21</sup>ATALÁ Correia; CAPUCHO Fábio Jun, Coord. Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato. São Paulo, Manole: 2019, p. 51.

\_\_\_\_\_. Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do código civil. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

CORDEIRO, Antonio Barreto Menezes. A natureza jurídica dos animais à luz da lei nº 8/2017, de 3 de março. Revista Jurídica Luso Brasileira, Ano 3 (2017), nº 6, Lisboa: Curso de Verão FDUL / CIDP, 2017, p. 25-46.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da., Org. e CHINELLATO, Silmara Juny, Coord. Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9 ed. São Paulo, Manole: 2016.

CUPIS, Adriano de. I diritti della personalità. Milão: A. Giuffrè, 1950.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. v. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GAUDENZI, Andrea Sirotti. Il nuovo diritto d'autore: la tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione. Maggioli S.p.A: Santarcangelo di Romagna, 2016.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: teoria geral do direito civil. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, José Reinaldo Lima. O direito na história. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. A personalidade jurídica dos grandes primatas. Tese. Programa de Pós Graduação em Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

MORATO, Antonio Carlos. Direito de autor em obra coletiva. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Limitações aos direitos autorais na obra audiovisual. Tese apresentada para concurso de livre docente junto ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito civil – teoria geral do direito civil. v. I. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RABELO, Cláudia Maria Almeida. A análise do processo de descoisificação dos animais: um estudo sob a égide dos paradigmas contemporâneo. Revista magister de direito ambiental e urbanístico. Salvador - Ano XII – nº 68 – pp. 69-89, OUT-NOV 2016 / 88.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil 1 – parte geral. v.1. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual. 5 ed. Barueri: Manole, 2014.

SPADOTTO, Anselmo José. Instrumentos para o direito dos animais frente à produção de alimentos. Revista Brasileira de Direito Animal – RBDA, Salvador, V. 11, N. 22, pp. 123-150, MAI-AGO 2016 / 123.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. v. 1. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. v.1. 17. ed. São Paulo: Atlasbooks, 2016.

WALD, Arnoldo. Direito civil e parte geral. v.1. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Coleção Os pensadores. v. XXV. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 7-98.

LE GOFF, Jacques. A civilização do ocidente medieval. Tradução de José Rivair de Macedo. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil - e outros escritos. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

WEISCHEDEL, Wilhelm. A escada dos fundos da filosofia: a vida cotidiana e o pensamento de 34 grandes filósofos. 3 ed. São Paulo: Angra, 2001.

#### Sites consultados

<http://www.animal-ethics.org/senciencia-secao/introducao-a-senciencia/senciencia-animal/>-. Acesso em 23 abr.2018.

<https://g1.globo.com/mundo/noticia/tribunal-americano-decide-que-macaco-nao-e-autor-de-famosa-selfie.ghtml> - Acesso em 7 mai. 2019.

<http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2012/10/cavalo-pintor-faz-sucesso-e-vende-quadro-por-r-5-mil.html> - Acesso em 7 mai. 2019.



## Herança digital

---

**Nivaldo Sebastião Vícola**

*Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil pela USP. Graduado em Direito pela USP. Sócio do Aversa Araújo advogados. Professor e membro do NDE do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP.*

**Rogério Luis Serôdio**

*Mestrando em Direito pela Universidade UNIFIEO. Pós-graduado em Direito militar pela Escola Paulista de Direito, Graduado em Direito pela FMU. Oficial das Forças Armadas*

**Cícero Edson Machado**

*Mestrando em Direito pela Universidade UNIFIEO. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado em Governança em TI pela Faculdade UMC. Graduado em Direito pela FMU, Graduado em Sistemas de Informação pelas Faculdades Oswaldo Cruz. Advogado e Analista de Sistemas*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.146.13

## RESUMO

Embora seja relativamente nova no universo epistemológico, - sua origem remonta às décadas de 1930/1940, a ciência da computação tem participação decisiva no desenvolvimento atual da sociedade global. Considerando que suas criações, especialmente o computador e a internet, transformaram-se em itens de primeira necessidade, interferindo em quase todos os seguimentos da vida social, as consequências jurídicas daí advindas tornam-se inevitáveis. Parece não haver tema ou matéria jurídica que, diretamente ou indiretamente, não seja afetada pelas criações e inovações introduzidas na vida social pela informática. Com o Direito Civil não é diferente. Em maior ou menor grau, os institutos vão sendo adaptados no sentido de acompanhar esse novo e dinâmico desenho social, seja reformulando conceitos, seja criando novos. Considerando que o “direito não é uma pura teoria, mas uma força viva”, como bem lembrou Ihering<sup>1</sup> no final do século XIX, deve acompanhar a evolução social, refletindo sobre os conflitos e apresentando soluções. Com o direito das sucessões não é diferente.

**Palavras-chave:** acervo digital. herança digital. relações econômicas. redes sociais. acesso digital herdeiros.

## ABSTRACT

Although it is relatively new in the epistemological universe - its origin dates back to the 1930s/1940s -, computer science plays a decisive role in the current development of global society. Considering that their creations, especially the computer and the internet, have become essential items, interfering in almost all segments of social life, the resulting legal consequences become inevitable. There seems to be no theme or legal matter that, directly or indirectly, is not affected by the creations and innovations introduced in social life by information technology. Civil law is no different. To a greater or lesser extent, the institutes are being adapted in order to accompany this new and dynamic social design, whether by reformulating concepts or creating new ones. Considering that “law is not a pure theory, but a living force”, as Ihering rightly recalled at the end of the 19th century, it must accompany social evolution, reflecting on conflicts and presenting solutions. With Succession Law it is no different.

**Keywords:** Digital collection. digital inheritance. economic relations. social networks. heirs digital access.

## INTRODUÇÃO

As breves linhas do resumo acima servem para demonstrar a postura, cada vez mais aberta, do Direito em relação à realidade social em que se encontra inserido e que regulamenta, eis que é fato a preocupação cada vez maior do legislador em relação à proteção do cônjuge, mormente em face das alterações que a família vem sofrendo.

Com relação ao acervo digital não é diferente. A criação da chamada tecnologia digital, a partir das décadas de 1970/1980, propiciou o surgimento de uma nova realidade -, “a realidade digital” -, que, por se tratar de códigos numéricos, não é de fácil compreensão para o cidadão

<sup>1</sup> IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

médio. Tanto é assim, que, para explicar o conceito dessa “realidade digital” a doutrina, em geral, o faz comparando com o conceito de “realidade analógica”, está mais acessível, posto que associada às coisas reais. Esclarecedora, nesse sentido, é a matéria publicada no site “in SlideShare”<sup>2</sup>, assinada por Marcelo Borges, ao afirmar que a palavra:

“Analógico vem da palavra analogia. Analogia significa fazer uma comparação, portanto chamamos de analógicos objetos que fazem uma **analogia com coisas reais**. Objetos analógicos são, de certa forma, **mais palpáveis do que os digitais**. • Digital – A palavra digital vem de dígito, números. **Objetos digitais funcionam através da decodificação de códigos numéricos. Se utilizam de processamento de dados armazenados** e possuem informações digitalizadas.” (grifei)

É forçoso admitir, entretanto, que, em regra, não existe distinção entre bens acumulados no âmbito virtual e no meio físico, mesmo porque, conforme ensina Augusto Tavares Rosa Marcacini<sup>3</sup>, ao considerarmos documento como o registro de uma fato, substancialmente não faz diferença se esse fato é registrado na forma tradicional “associado a alguma **coisa material e tangível**”, ou através “de uma sequência de bits que, **traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de uma fato.**”

Portanto, seja documento tradicional, seja documento eletrônico, o que deve ser considerado é que, nele, encontra-se registrado e representado um fato, uma realidade observável.

Isso significa dizer, conclui Marcacini<sup>4</sup> “que **o documento eletrônico (assim como qualquer outro arquivo de computador) é uma coisa** formada por uma sequência numérica (os bits, representados ora pelo algarismo “0”, ora pelo algarismo “1”), e não por átomos, como as demais coisas antes conhecidas.”

A diferença fundamental está, segundo o mesmo autor, no modo de conhecer. Enquanto o documento físico é apreendido diretamente pelos sentidos (contato direto e pessoal com o suporte físico, em geral o papel), o documento eletrônico é apreendido por nossos sentidos de modo indireto, eis que necessitam de um equipamento e de um programa de computador para traduzi-lo.

## HERANÇA DIGITAL

Feitas as considerações acima, passamos a discorrer a respeito da herança digital, observando, entretanto, que, por se tratar de tema recentemente introduzido no cenário jurídico, mais especificamente, a partir do ano 2000, quando começou a disponibilização, na internet, das denominadas mídias sociais, que possibilitaram a criação das redes sociais, como Orkut, Facebook, LinkedIn, Twitter, Instagram, entre outras, ainda gera polêmicas, tendo em vista a amplitude e complexidade do tema, eis que, um acervo digital pode conter (e na maior parte das vezes, contém) tanto bens de natureza patrimonial (valorados economicamente), quanto bens relativos à personalidade (não valorados economicamente).

Embora seja amplo o espectro dos documentos e informações passíveis de armazenamento em ambiente virtual, costuma-se dividir os acervos digitais em duas categorias, levando em conta o caráter econômico a eles atribuído. Em vista disso, na primeira categoria, composta

<sup>2</sup> <https://pt.slideshare.net/octo.um/mundo-analogico-x-digital> > acesso em 3 nov. 2018.

<sup>3</sup> MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Direito e tecnologia: coleção para entender direito*. São Paulo: Estúdio Editores, 2014, p.55.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

de arquivos ou contas que possuam ou possam possuir valor econômico, encontram-se, entre outros, livros, músicas, artigos, blogs, contas bancárias, etc.; na segunda, composta por arquivos ou contas não apreciados economicamente, encontram-se, em geral, as senhas digitais e as contas digitais como e-mails, Instagram, Twitter, whatsapp, etc.

Por outro lado, como a herança digital não possui regulamentação específica (os projetos de lei sobre o tema ainda estão sendo apreciados pelo Congresso Nacional, conforme veremos a seguir), aplica-se ao acervo, ou patrimônio digital, por analogia, as regras gerais relativas à herança (Art. 1.784 e seguintes do Código Civil).

Conforme a lição de Flávio Tartuce<sup>5</sup>, a grande dúvida

“diz respeito ao fato de os dados digitais da pessoa poderem ou não compor a sua herança, conceituada como um conjunto de bens, corpóreos e incorpóreos, havido pela morte de alguém e que serão transmitidos aos seus sucessores, sejam testamentários ou legítimos. Nos termos do art. 1.791 do Código Civil, a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros, o que inclui não só o patrimônio material do falecido, como também os bens imateriais, como supostamente seriam aqueles havidos e construídos na grande rede durante a vida da pessoa. Sendo assim, a chamada herança digital segue transmissão conforme a ordem de vocação hereditária destacada?”

Ai reside, ousamos afirmar, a questão principal que tem levado os civilistas indagarem a respeito da validade da aplicação das normas gerais sobre a herança ao acervo, ou herança digital, mesmo porque, deve-se levar em consideração o caráter econômico, ou não econômico, do acervo.

Em Parecer apresentado à Comissão de Direito Civil do IAB, o professor Pablo Malheiros da Cunha Frota sustenta a transmissibilidade do acervo digital, quando passível de valoração econômica, nos seguintes termos:

“Arquivos e contas digitais que tenham ou possam ter caráter econômico e (ou) difusão pública, como Skype, contas bancárias, blogs, livros digitais, colunas em sítios ou jornais, entre outros, são bens imateriais transmissíveis e, portanto, já estão abarcados pelo art. 1.788 do CC”.

É importante observar, no entanto, que mesmo em relação a essa categoria de bens e direitos (passível de valoração econômica), existem aqueles bens ou direitos, como é o caso do Bitcoin adquirido sem assessoria de uma instituição financeira, cuja transmissão hereditária encontra problemas práticos, posto que, ainda que possa ser economicamente aferido, quem será o responsável para transmiti-lo aos herdeiros?

Conforme a lição de Augusto Tavares Rosa Marcacini, o Bitcoin é “um processo colaborativo, anárquico e descentralizado, uma mera escrituração contábil, sem nada que sirva de lastro, nem público, nem privado” e que,

“Desde quando Satoshi Nakamoto disponibilizou a primeira versão do seu software, e os participantes do fórum de criptografia o instalaram e começaram a brincar com ele, a escrituração contábil da criptomoeda foi distribuída entre todos esses usuários. Cada um deles, se ainda permanece a participar dessa rede, guarda a contabilidade toda. E quem quer que tenha instalado posteriormente o software – lembremos que qualquer um pode fazê-lo, pois o software é livre – entra igualmente nessa rede do sistema e passa a ser mais um detentor da contabilidade da bitcoin.<sup>6</sup>”

<sup>5</sup> <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI288109,41046-Heranca+digital+e+sucessao+legitima+primeiras+reflexoes> > acesso em 3 nov. 2018.

<sup>6</sup> MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Disponível em <https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/blockchain-e-bitcoin-parte-iii-entendendo-o-bitcoin-as-transferencias-entre-contas-2/>

O problema maior, entretanto, reside naqueles acervos digitais, ou parte deles, que, por natureza, não são valorados ou mesmo passíveis de serem valorados economicamente. Esses, por seu caráter personalíssimo, são intransferíveis.

Esta também é a posição adotada por Plábio Malheiros da Cunha Frota ao sustentar, parecer acima citado, que:

“Os arquivos e (ou) as contas digitais como WhatsApp, telegram, facebook<sup>7</sup>, Instagram, “nuvens” de arquivos (ex.: Dropbox), senha de telefones celulares ou fixos, twitter, e-mails, entre outros, são bens imateriais intransmissíveis, pois são extensões da privacidade do(a) autor(a) da herança. Essa transmissibilidade seria aceita se o(a) autor(a) da herança autorizasse por testamento ou de outra forma em vida que um ou mais herdeiros, cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, legatário ou terceiro pudesse(m) custodiar e (ou) acessar integralmente ou parcialmente tais arquivos e contas digitais.”

Assim, tratando-se de direitos personalíssimos, a transmissão hereditária de tais acervos depende de autorização testamentária. Lembramos aqui, novamente, a lição de Flávio Tartuce<sup>8</sup> quando afirma que:

“o tema é tratado por civilistas contemporâneos, especialmente no âmbito da sucessão testamentária e das disposições de última vontade .... pode-se falar também em testamento digital, com a atribuição dos bens acumulados em vida no âmbito virtual, como páginas, contatos, postagens, manifestações, likes, seguidores, perfis pessoais, senhas, músicas entre outros elementos imateriais adquiridos nas redes sociais”.

Vale registrar, por oportuno, que está sendo apreciado, na Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informação - CCTI, da Câmara dos Deputados, o PL 8562/2017<sup>9</sup>, de autoria do Deputado Elizeu Dionísio, do PSDB/MS, visando acrescentar o Capítulo II-A e os Artigos 1.797-A a 1.797-C ao Código Civil em vigor, com a seguinte redação:

#### “Capítulo II-A Da Herança Digital

Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: I – senhas; II – redes sociais; III – contas da Internet; IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro: I - definir o destino das contas do falecido; a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou; b) - apagar todos os dados do usuário ou; c) - remover a conta do antigo usuário.” (grifei)

Referido Projeto de Lei tem sido objeto de críticas, pelo fato de considerar “qualquer bem e serviço virtual” como sendo herança digital e, conseqüente, transmissíveis. Como visto acima, o posicionamento doutrinário, com o qual concordamos, é no sentido de considerar transmissíveis, independentemente de testamento, apenas aqueles ativos digitais de natureza patrimonial (com valoração econômica). Os acervos digitais, ou parte deles, que, por sua natureza, não se enquadrarem nessa categoria, dependem de declaração do *de cuius*.

<sup>7</sup> Destaca-se que o facebook possibilita que o titular da conta indique herdeiros digitais. Veja artigo de Bernardo Santos: [https://bern1rdo.jusbrasil.com.br/noticias/454769916/facebook-permite-que-usuarios-deixem-heranca-digital?ref=topic\\_feed](https://bern1rdo.jusbrasil.com.br/noticias/454769916/facebook-permite-que-usuarios-deixem-heranca-digital?ref=topic_feed) Acesso em 12 de maio de 2017.

<sup>8</sup> Ob. cit.

<sup>9</sup> A título de curiosidade lembramos o PL 8562/2017 traz como justificativa de sua propositura reportagem publicada no “Caderno TEC do Jornal Folha de S. Paulo abordando o tema herança digital. Nela encontram-se dados de uma pesquisa do Centro para Tecnologias Criativas e Sociais, do Goldsmiths College (Universidade de Londres), mostrando que 30% dos britânicos consideram suas posses on-line sua “herança digital” e 5% deles já estão incluindo em testamentos quem herdará seu legado virtual, ou seja, vídeos, livros, músicas, fotos e mails.”

Aliás, também tem sido objeto de críticas, o PL 7742/2017, de autoria do Deputado Alfredo Nascimento, do PR/AM, que tramita em conjunto com o PL 8562/2017 e acrescenta o Art. 10-A ao Art. 10<sup>10</sup> da Lei 12.965/2014, denominada Marco Civil da Internet, e que possui a seguinte redação:

“Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito.

§ 1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

§ 2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros.

§ 3º As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for possibilitada pelo respectivo provedor e caso o cônjuge, companheiro ou parente do morto indicados no caput deste artigo formule requerimento nesse sentido, no prazo de um ano a partir do óbito, devendo ser bloqueado o seu gerenciamento por qualquer pessoa, exceto se o usuário morto tiver deixado autorização expressa indicando quem deva gerenciá-la.”

Conforme a lição de Frederico Meinberg Ceroy<sup>11</sup>, embora a Lei 12.965/2014 silencie a respeito, por provedores de aplicações de internet deve-se entender “qualquer empresa, organização ou grupo que forneça um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.

Ora, não há como negar, que a maior parte dos provedores de aplicações de internet, incluindo os provedores de e-mails e de hospedagem e de conteúdo, possuem regras próprias de utilização, as quais o usuário manifesta expressamente seu aceite no ato da contratação (“termos de aceite”).

Parece-nos, portanto, temerário, sob pena de inviabilidade dos serviços e de quebra de sigilo e de violação a direito fundamental, que o legislador condicione a exclusão, ou manutenção das informações ali contidas, a requerimento de herdeiro.

No mesmo sentido é a posição do professor João Aguirre quando, em entrevista recente concedida ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, afirma que, em algumas situações, as pessoas não querem que entes de família conheçam determinados conteúdos contidos nas redes sociais. Nesse sentido, entende o autor, que há uma imposição indevida do legislador que estaria autorizando “agressões à privacidade”.

---

*10 Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.*

*§ 1o O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7o.*

*§ 2o O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7o.*

*§ 3o O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.*

*§ 4o As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.*

*11 CERÓY, Frederico Meinberg. Os conceitos de provedores no marco civil da internet. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI21175351045-Os+conceitos+de+provedores+no+Marco+Civil+da+Internet>. Pesquisa realizada em 17/09/2018.*

Sem adentrarmos às especificidades, lembramos, a título de exemplo, que o Facebook permite que o usuário, no momento da adesão, ou em momento posterior, opte: a) por transformar o perfil em uma página memorial, na linha do tempo, permitindo que familiares e amigos tenham acesso e deixem homenagem; ou b) pela exclusão realizada por um representante designado, que comprove a morte dele, usuário. O Twitter, por sua vez, possibilita que os familiares baixem todos os tweets públicos e solicitem a exclusão do perfil.

Tudo, sem falar do e-mail, que, concebido originalmente para ser um mero serviço de troca de correspondência eletrônica, tornou-se um componente essencial nas atividades cotidianas, eis que não passa, em essência, de um serviço prestado na internet por empresas provedoras.

É fato que, hoje, através dos e-mails são transmitidas mensagens e, nos mais das vezes, com documentos anexados. Em vista disso, cabe questionarmos: nestes casos, qual é o limite entre o patrimonial (valorado economicamente) e o não patrimonial (sem valoração econômica)?

Vale lembrar, a título de exemplo, que os e-mails trocados entre os advogados e seus clientes, são, por disposição legal (Art. 7º, incisos II e XIX, da Lei 8.906/1994), protegidos pelo sigilo. Pode-se, nesse caso, deixar ao arbítrio do herdeiro a manutenção, ou não, do acervo? Para que a resposta negativa é óbvia.

Há que se dizer, ainda, que, além dos dois projetos de lei acima citados, está em curso no Senado o PL 4009/2012, de autoria do Deputado Jorginho Mello, de PR/SC, que tem por objeto acrescentar um parágrafo único ao Art. 1.788 do CC, com a seguinte redação:

“Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.”

Em entrevista publicada no site do IBDFAM (em 22/08/2013), o prof. Zeno Veloso<sup>12</sup>, quando questionado se o PL 4009/2012 respondia às necessidades da modernidade, afirmava:

“Já não digo nem do tempo futuro mais do tempo presente. Acho a matéria do projeto importante e esses dados devem sim, ser abertos, conferidos, transmitidos, informando os herdeiros.”

Ressalvava, entretanto, o festejado professor paraense, o dever de cuidado na verificação de quem está solicitando os dados, **“se é real e efetivamente herdeiro do falecido”**.

Embora concordemos com o professor Zeno Veloso sobre a necessidade da regulamentação legislativa, ousamos, entretanto, na linha das doutrinas de Flavio Tartuce e Plabo Malheiros da Cunha Frota acima citadas, ressaltar a necessidade de se restringir o termo “todos”, contido no citado PL 4009/2012. Conforme anotamos acima, as informações que envolvam aspectos dos direitos da personalidade (ativos sem valoração econômica), dependem de autorização do *de cuius*.

Deve-se, contudo, lembrar, que, em julho de 2018, a Corte Federal de Justiça da Alemanha, ao julgar ação movida pelos pais de uma adolescente morta em 2012, contra o Facebook, adotou posição semelhante àquela do professor Zeno Veloso acima transcrita.

Em apertada síntese, a ação versava sobre um pedido dos pais da adolescente para que o Facebook liberasse a eles o acesso à conta da filha falecida. O Facebook, alegando o dever de sigilo, eis que, segundo afirmava, as conversas via chat são privadas, negou o acesso pleiteado

<sup>12</sup> Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5118/>

Projeto+de+Lei+garante+aos+herdeiros+acesso+%C3%A0+heran%C3%A7a+digital

e congelando a conta.

A Corte Federal de Justiça da Alemanha, entretanto, rejeitou o argumento do Facebook, sob a justificativa de que quem envia uma mensagem privada no Facebook pode confiar que ela será enviada a uma determinada conta de usuário, mas não a uma determinada pessoa.

Para o presidente da corte alemã<sup>13</sup>, “cartas e diários também passam para os herdeiros quando da morte do proprietário, não importando o seu conteúdo, e não há qualquer motivo para que documentos digitais sejam tratados de outra maneira.”

Como contraponto ao argumento da Corte alemã, podemos citar o case Louise Palmer x Facebook<sup>14</sup>, ocorrido na Grã-Bretanha. Neste, Louise, com doença terminal, era auxiliada pela mãe para atualizar seu perfil no Facebook. Quando Louise faleceu, a mãe requereu ao Facebook que liberasse a conta da filha. O Facebook, alegando o direito de privacidade da filha, negou o acesso à sua conta, entendimento este seguido pela Justiça inglesa. Neste caso, prevaleceu o direito de privacidade sobre o de herança.

No Brasil, um dos primeiros processos judiciais relatos foi o ajuizado por Dolores Pereira Ribeiro contra o Facebook, para que este cancelasse a conta de sua filha, falecida. Diante da negativa do Facebook, sob a alegação de que a conta havia sido transformada em memorial, em consonância com o Termo de Aceite, Dolores ajuizou ação, em Campo Grande/MS, onde obteve liminar para o cancelamento da conta, como pretendia.

E, para ampliar a insegurança dos usuários, a Lei brasileira de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018, que entrará em vigor em agosto de 2020), silenciou a respeito do tema. A advogada Lívia Leal, discorrendo sobre a proteção *post mortem* dos dados pessoais<sup>15</sup> lembra que referida Lei estabelece, no Art. 7º, inciso I, a necessidade do consentimento do titular como “requisito para o tratamento dos dados pessoais. Contudo, não previu o legislador qual seria o efeito da morte do titular sobre o consentimento. Em outras palavras: estaria o agente operador ou responsável autorizado a manter o tratamento dos dados pessoais mesmo após a morte ou haveria necessidade de manifestação prévia do titular ou autorização dos familiares nesse sentido?”

E, conforme lembra a mesma autora<sup>16</sup> o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (Regulamento 679/2016), após estabelecer, no item 27, que suas regras não se aplicam a dados pessoais de pessoas falecidas, deixou a critério dos Estados membros a regulamentação a respeito do tema.

Ainda, segundo Lívia Leal<sup>17</sup>, por força do disposto no supra citado Regulamento Geral, alguns países membros da União Europeia, como Bulgária e Estônia, “incorporaram disposições atinentes aos dados das pessoas falecidas em suas respectivas legislações”. Na Bulgária, os direitos do falecido sobre os dados pessoais poderão ser exercidos pelos herdeiros; enquanto que, na Estônia, “o tratamento de dados pessoais relativos à pessoa falecida somente é permitido com o consentimento por escrito de seu sucessor, cônjuge, descendente ou ascendente, irmão ou irmã, excetuando-se os casos em que não se exija o consentimento do titular ou se já tiverem

<sup>13</sup><https://www.terra.com.br/noticias/facebook-deve-liberar-acesso-a-herdeiros-diz-justica-alema,a13f1cbe37e25492c526c54accd86673uqh9zkne.html> > acesso em 15 set. 2018.

<sup>14</sup> [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150406\\_heranca\\_digital\\_rm](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150406_heranca_digital_rm) > acesso em 15 set. 2018.

<sup>15</sup> <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/protacao-post-mortem-dos-dados-pessoais-12012019> > acesso em 15 jan 2019.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

se passado trinta anos da morte”.

Já, nos Estados Unidos da América, conclui a citada autora<sup>18</sup>, em face do que estabelece o *Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act* (UFADAA), de 2015, os “registros eletrônicos sobre os quais o indivíduo possui direito ou interesse”, poderão ser “administrados por determinada pessoa após a morte do titular”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema, conforme demonstramos, ao longo deste estudo, está longe de obter uma solução definitiva, mesmo porque, embora já existam três Projetos de Lei tramitando no Congresso Nacional, há fundadas críticas doutrinárias a respeito de suas redações, especialmente no que tange ao tratamento igualitário, proposto pelo legislador, entre os bens e direitos (de cunho patrimonial e não patrimonial) e que integram o acervo digital do *de cuius*.

Por outro lado, nossas pesquisas também nos mostraram que, tratando-se de instituto relativamente novo, o acervo digital, inclusive pelo fato do dinamismo e vanguarda da tecnologia que lhe dá sustentação, percorrerá longo caminho até que seja equacionada juridicamente a questão, mesmo porque, também conforme pudemos observar, doutrinadores e tribunais de renome tendem a aceitar a herança digital como um todo unitário, nos moldes do Art. 1.791 de nosso Código Civil em vigor, sem levar em conta o aspecto patrimonial, ou não patrimonial, do acervo.

Embora nos posicionemos a favor da doutrina que pugna pela distinção do acervo digital entre bens e direitos de natureza patrimonial e bens e direitos de natureza não patrimonial, estes últimos não passíveis de transmissão, salvo em face de declaração do *de cuius*, entendemos que a questão é polêmica e ainda comportará relevantes e intensos debates.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. v. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Aspectos sociológicos da lei dos delitos informáticos na sociedade da informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). O direito na sociedade da informação III: a evolução do direito digital. São Paulo: Atlas, 2013. p. 114-130.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à constituição do Brasil. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito do autor. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Os direitos da personalidade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos; verificação técnica de Cláudio De Cicco. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

CUPIS, Adriano de. I diritti della personalità. Milão: A. Giuffrè, 1950.

---

<sup>18</sup> *Ibidem*.

DE CICCIO, Cláudio. História do pensamento jurídico e da filosofia do direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. v. 6, direito das sucessões. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958.

IHERING, Rudolf von. A luta pelo direito. Tradução de João Vasconcelos. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, v. 5, direito de família e sucessões. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, José Reinaldo Lima. O direito na história. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Direito e tecnologia: coleção para entender direito. São Paulo: Estúdio Editores, 2014.

\_\_\_\_\_. Documentos digitalizados: originais, cópias e a nova Lei nº 12.682/2012. In: PAESANI, Líliana Minardi (Coord.). O direito na sociedade da informação III: a evolução do direito digital. São Paulo: Atlas, 2013. p. 33-51.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. Revista de direito do consumidor, São Paulo, n. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.

MORATO, Antônio Carlos. Os direitos autorais e o marco civil na internet. In: PAESANI, Líliana Minardi (Coord.). O direito na sociedade da informação III: a evolução do direito digital. São Paulo: Atlas, 2013. p. 175-191.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil, v. 7, direito das sucessões. 26 ed. rev. e atual. por Zeno Veloso; de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual. 5. ed. Barueri: Manole, 2014.

TARTUCE, Flávio. Direito civil. v. 6: direito das sucessões. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: GEN, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. v.6, sucessões. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2017.



# A dimensão econômica do estado e a reforma do estado: a instrumentalidade do direito econômico e administrativo

Luiz Adriano Moretti dos Santos

*Doutorando em Ciências Humanas e Sociais na Universidade Federal do ABC (UFABC). Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduado em Regulação e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP). Atualmente é professor de Direito no Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza (CEETEPS).*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.14

## RESUMO

Este estudo tem como objetivo principal investigar o papel do direito econômico e do direito administrativo na consecução da atividade econômica. Para tal busca discorrer quanto ao papel do direito na conformação do mercado e no desenho da dimensão econômica do Estado. Assim, apontando o mercado como uma criação artificial e um instituto jurídico. Esta investigação do mercado e desta dimensão econômica estatal se dá a partir das escolhas legislativas (decisões político-ideológicas) que o conformam, presentes na Constituição Federal de 1988, e que o informam no tocante ao sistema e forma econômicos. A dimensão econômica estabelecida pela Constituição, de um Estado regulador, termina por exigir um aparelho estatal específico, que seja combatível e dê viabilidade a sua consecução. Deste modo, o artigo explora os aspectos relevantes presentes no Plano de Reforma do Aparelho do Estado e o caráter instrumental do direito econômico, em especial aos outros ramos do direito. Este trabalho realiza uma pesquisa bibliográfica e documental para o alcance de seus objetivos.

**Palavras-chave:** direito econômico. direito administrativo. reforma do estado.

## ABSTRACT

This article has as main objective to investigate the role of economic law and administrative law in the achievement of economic activity. For this purpose, it seeks to discuss the role of law in shaping the market and designing the economic dimension of the State. Thus, pointing to the market as an artificial creation and a legal institute. This investigation of the market and this state economic dimension takes place from the legislative choices (political-ideological decisions) that conform it, present in the Federal Constitution of 1988, and that inform it with regard to the economic system and form. The economic dimension established by the Constitution, of a regulatory State, ends up demanding a specific state apparatus, which is combatable and makes its achievement viable. In this way, the article explores the relevant aspects present in the State Apparatus Reform Plan and the instrumental nature of economic law, especially in relation to other branches of law. This work performs a bibliographical and documentary research to reach its objectives.

**Keywords:** economic law. administrative law. state reform.

## INTRODUÇÃO

A temática globalização econômica, e a conseqüente complexidade dos mercados cada vez mais interligados, é sedutora. Porém, a abordagem desta temática não pode ignorar a importância que a ciência jurídica possui em sua formatação e a dimensão econômica do Estado. Neste sentido, este objetiva discorrer o papel do direito para a conformação do mercado, sendo este um instituto jurídico. Também demonstrar como a conformação do mercado exige uma correspondente dimensão econômica estatal, e vice-versa, já que ambas se comunicam reciprocamente.

O caráter instrumental do direito econômico, compreendido como uma técnica utilizada pelo Estado para a realização de uma política econômica, ainda dá uma identidade um pouco vaga ao que seria este, em especial por seu conteúdo econômico estar presente por diversos ra-

mos do direito. Portanto, buscar-se-á a partir da investigação da dimensão econômica do Estado compreender a instrumentalidade do direito econômico e o relacionamento deste com o direito administrativo.

A investigação da dimensão econômica estatal exigirá, primeiramente, a compreensão da relação existente entre o mercado e o direito, que conseqüentemente implica também em visualizar o relacionamento entre o direito e a consecução da atividade econômica em sentido amplo. Posteriormente se deverá perquirir a decisão política de conformação do mercado e da dimensão econômica do Estado residente na Constituição Federal, o que impõe uma investigação do sistema e forma econômicos nela presentes. Isto exigirá um estudo da reforma do aparelho do Estado, a partir de seu marco referencial, permitindo compreender o aparelho que a sua dimensão econômica exige sua viabilidade.

A partir destas investigações se poderá compreender o papel do direito econômico e do direito administrativo na consecução da atividade econômica, o principal objetivo deste trabalho, revelando o relacionamento entre ambos. Assim, dever-se-á destacar o caráter que o direito econômico imprime ao direito administrativo e a relevância deste último para a conformação do mercado, e conseqüente expansão da atividade econômica.

## **A DIMENSÃO ECONÔMICA DO ESTADO**

A investigação da dimensão econômica do Estado exige a compreensão da correlação existente entre o desenvolvimento tecnológico da produção e a paralela introdução de institutos jurídicos visando à disciplina tanto dos agentes privados como do Estado, de modo a propiciar a segurança jurídica necessária à fluência das relações econômicas. Pode-se inferir tal correlação a partir: da compreensão do mercado como um *locus artificialis*, portanto, sendo um instituto constituído pelo direito (IRTI, 2003, p. 10 et seq.); e da consagração da liberdade econômica como um dos pilares da economia de mercado, na qual, ao menos teoricamente, caberiam aos sujeitos autonomamente as decisões sobre produção, investimento e consumo, em suma, a coordenação atomística da atividade econômica em seu modelo mais extremo e ideal (EUCKEN, 1998, p. 141 et seq.).

A existência do mercado pressupõe uma ordem, compreendendo uma ideia de regularidade e previsibilidade de comportamentos (ou seja, possibilitar uma uniformidade de condutas e, conseqüentemente, permitir uma maior previsibilidade aos agentes que nele atuam) (IRTI, 2003, p. 4 et seq.). Esta ordem econômica, dada historicamente, não necessariamente correspondente a ordem positiva, é o que permite que seja possível uma atividade econômica (EUCKEN, 1998, p. 82-91). Neste sentido, a fluência das relações econômicas na economia de mercado exigirá, modernamente, da autoridade estatal a criação de regras mínimas para a sua existência, ou seja, elementos essenciais, sendo estes a igualdade, universalidade e legalidade (GRAU, 2008, p. 119). Sem tais elementos e a segurança gerada pelo direito, não se poderia edificar o sistema econômico, inviabilizando a sua fluência e consecução, desta forma, impossibilitando o salto qualitativo e quantitativo da produção. Assim, compreendendo a artificialidade do mercado (sendo ele uma instituição jurídica), observa-se que a sua conformação, a escolha do sistema econômico e o seu modo de coordenação, se trata de uma decisão política – e conseqüentemente, das escolhas legislativas (IRTI, 2003, p. 11). Os institutos jurídicos que disciplinam o mercado,

advindos desta decisão política, estão correlacionados com o desenvolvimento técnico da produção, de modo que estes tornam possível a atividade econômica.

A decisão política constitui a opção por um determinado sistema econômico e o seu modo de coordenação<sup>1</sup> a ser implementado, este último entre a economia de mercado (decisões atomísticas) ou de coordenação central (decisões centralizadas), ou seja, uma escolha que determinará qual o grau de liberdade se dará à atividade econômica para que o mercado exista (EUCKEN, 1998, p. 127 et. seq.; MOREIRA, 1973, p. 18 et seq.; NUNES, 2003, p. 21 et seq.). Não sendo estaque esta escolha, as sociedades contemporâneas formatarão o seu mercado, conformado pelas normas jurídicas, entre a economia de mercado e a coordenação central.

Neste sentido, observa-se claramente, que as escolhas das sociedades contemporâneas após-1989 se lastreiam apenas nas opções ofertadas pelo sistema capitalista e, ao menos teoricamente, pela economia de mercado. Porém, dentro do sistema capitalista e da economia de mercado, ao longo dos dois últimos séculos, as escolhas políticas de conformação do mercado podem ser agrupadas em três modelos ideias de relação entre o Estado e o mercado, o Estado *liberal (ou abstencionista)*, o Estado *intervencionista*, e o Estado *regulador* (MOREIRA, 2013, p. 3-10). Todos estes apresentam como fundamento de sua ordem jurídica a propriedade privada, a liberdade de empresa, a liberdade de trabalho e a concorrência – variando o alcance de cada um destes em razão do tipo ideal (MOREIRA, 1973, p. 147 et seq.).

Deve-se pontuar que tais modelos ideais se dão historicamente e com as peculiaridades das escolhas realizadas por cada país, conforme as necessidades socioeconômicas que se apresentam e se impõem politicamente para viabilizar o seu desenvolvimento. Por meio destes modelos se podem inferir e agrupar determinadas dimensões econômicas do Estado, possibilitando compreender a forma como cada dimensão se dá de modo global. Estas dimensões podem ser compreendidas através das concepções de economia política, que ao serem transportadas ao ordenamento jurídico e configurarem uma política pública se denomina de política econômica. A partir da artificialidade do mercado se pode compreender que a dimensão econômica do Estado também constitui uma decisão política, presente na legislação, e que a compreensão do grau de coordenação (o grau de intervenção) da atividade econômica dado ao Estado informa a sua dimensão.

A decisão política que institui o mercado está expressa nas constituições (IRTI, 2003, p. 15; MOREIRA, 1979, p. 181), revelando a opção por como se coordenar a atividade econômica, implicando em duas escolhas ao poder político: a primeira, *lato sensu*, quanto ao sistema econômico; e a segunda, *stricto sensu*, a forma econômica. Deste modo, impõe-se a necessidade de compreensão desta ordem jurídica da economia, ou seja, como juridicamente se expressa a escolha por determinado sistema e forma. Esta escolha não se trata de uma interferência de plano político e econômico, até porque não se pode compreender o Estado de modo externo ao mercado ou a economia, pois é este que, modernamente, detém o monopólio sobre o direito e uma atuação econômica extensa, que dá forma ao mercado. Assim, pode-se observar que o conteúdo econômico da Constituição configura a expressão do econômico no plano político (MOREIRA, 1979, p. 181). Desta decisão política se pode desprender a dimensão econômica

<sup>1</sup> A perspectiva adotada por Walter Eucken para compreensão dos sistemas econômicos constitui a teoria dos modos de coordenação, a partir da ideia de que a atividade econômica implica em um plano orientador e que o indivíduo a desenvolve conforme este plano, sendo importante a diferenciação dos sistemas econômicos conhecer a quem cabe definir o plano a ser seguido (EUCKEN, 1998, p. 128 et seq.). Apesar da teoria de Eucken não conseguir oferecer uma correta diferenciação dos sistemas econômicos, permite um enquadramento e a compreensão do modo de funcionamento (forma de organização) dos sistemas econômicos (NUNES, 2003, p. 28).

do Estado, melhor visualizada através das funções e da formatação, dadas pelo ordenamento jurídico, ao aparelho estatal.

## **A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**

Na Constituição Federal de 1988, a decisão quanto sistema e forma econômicos, encontra-se no artigo 170, no título VII, “Da ordem econômica e financeira”. Apesar de este título informar como deve se dar a atividade econômica e apontar a sua dimensão, deve-se compreender o conceito dado pelo constituinte à atividade econômica, pois deste também se poderá desprender objetivo de sua escolha. A atividade econômica constitui um gênero, que no texto constitucional compreende duas espécies: os serviços públicos (qualificadas como juridicamente “atividades não-econômicas”) (MELLO, 2010, p. 801); e atividades econômicas (alçadas a cargo dos particulares – leia-se mercado), portanto, esta conceituação se refere a atividade econômica em sentido estrito (GRAU, 2010, p. 100 et seq.). A partir desta distinção se pode perceber que o constituinte resguardou o desempenho de determinadas atividades ao Estado, sendo necessário o credenciamento dos particulares para que possam prestá-las (MELLO, 2011, p. 801). O Estado assume tais atividades para si por crer que seja seu dever prestá-las ou patrociná-las, não sendo socialmente desejável as conferir livremente ao mercado, a fim de que sua prestação satisfaça as necessidades da coletividade em geral, estando sob o regime de direito público (MELLO, 2011, p. 679-689). Portanto, o conceito de atividade econômica presente na Constituição Federal já demonstra a dimensão do Estado, reservando para si determinadas atividades sob o império do direito público, e instituindo que as demais atividades estejam a cargo do mercado, estendendo seu exercício também a todos os demais agentes econômicos (GRAU, 2010, p. 117).

No contínuo da investigação sobre a dimensão econômica do Estado, busca-se no artigo 174 da Constituição Federal a decisão de sistema e forma das atividades econômicas, em sentido estrito, ou seja, como as atividades econômicas podem ser prestadas pelos agentes privados dentro do regime de mercado. Assim, o caput do dispositivo traz a finalidade da ordem econômica, assegurar a dignidade humana (fundamento da República conforme o artigo 1º), conforme os ditames de justiça social, tendo fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Também dispõem quanto aos princípios que a devem nortear – a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, e o tratamento favorecido para as pequenas empresas constituídas sob a legislação pátria com sede e administração no país. Em completude, o parágrafo único assegura a liberdade de empresa e de iniciativa ao postular o livre exercício de qualquer atividade econômica, não dependendo esta de autorização de órgãos públicos, excetuando-se as previsões legislativas.

As expressões propriedade privada e livre iniciativa, além de sua presença no dispositivo supracitado, também se encontram nos artigos 1º e 2º da Constituição Federal, e apontam a opção do legislador pelo sistema, sendo o capitalista. Estes princípios assinalam uma economia pautada na apropriação privada dos meios de produção, uma coordenação atomística da atividade econômica pelos agentes (leia-se uma coordenação pelos agentes privados em função do lucro), e conseqüentemente, uma economia de mercado (MOREIRA, 1973, p. 28). Porém a atividade econômica há de se ater as balizas estabelecidas pelo ordenamento jurídico, como a já exposta conceituação jurídica da atividade econômica.

A partir dos demais princípios elencados do texto constitucional como livre concorrência, função social da propriedade, defesa do consumidor, entre outros, observa-se que estes denotam a escolha de uma dimensão econômica do Estado que não torna possível a existência de um Estado abstencionista. Deste modo, ao explicitamente determinar que não seja possível uma restrita dimensão econômica do Estado, restam dois modelos ideais nos quais se podem enquadrar as escolhas legislativas: o Estado intervencionista; e o Estado regulador.

Na busca de identificar o modelo ideal no qual se adequa, o artigo 174 da Constituição Federal coloca o Estado como “agente normativo e regulador da atividade econômica”, devendo exercer conforme a ordem jurídica as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, e a partir destas funções indicar a atuação dos agentes públicos e privados no mercado. Portanto, observa-se que cabe a todos os agentes econômicos perquirir os escopos orientadores da ordem econômica determinados pela legislação pátria (GRAU, 2010, p. 198-199).

O artigo 173 elucida quanto a atuação estatal na atividade econômica, em sentido estrito, ou seja, prevê a possibilidade de atuação estatal de forma direta, através de empresas públicas e sociedades de economia mista. Ao ressaltar os casos previstos na Constituição e que esta atuação só se dará quanto “necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, pode-se compreender a previsão de que a atividade econômica a ser exercida pelo Estado deve se dar de modo subsidiário. Deste modo, configura mais um elemento para a identificação do modelo, como se verá a seguir.

Retornando a questão da diferenciação do serviço público, convém a partir da distinção entre serviço público privativo e não privativo analisar o conteúdo do artigo 175. A primeira modalidade se refere aos serviços públicos que são de competência exclusiva do Estado, porém, em determinadas hipóteses é admitida a prestação por particulares através do regime de concessão ou permissão (GRAU, 2010, p. 122). Já os serviços públicos não privativos correspondem àqueles não tem a prestação exclusiva do Estado, podendo ser prestados pelos agentes privados independentemente de concessão, permissão ou autorização (GRAU, 2010, p. 123). Ao se tratarem ambos de atividades econômicas de serviço público, não o deixam de ser por estarem sobre a prestação de particulares, cabendo a sua regulação ao Estado, em muitos casos a partir das agências reguladoras. A partir desta análise convém complementar que a exclusividade estatal na prestação dos serviços públicos não pode ser compreendida como monopólio e sim como privilégio, pois tais atividades econômicas não estão abertas a concorrência (regime de competição). Deste modo, constitui o monopólio estatal apenas aquelas atividades econômicas que lhe são exclusivas, onde se poderia existir um regime de concorrência.

Tais dispositivos constitucionais permitem inferir a forma econômica e, conseqüentemente, o modelo ideal correspondente a uma dimensão econômica do Estado. Portanto, a ideia de “intervenção por indução” (a atuação estatal subsidiária na atividade econômica em sentido estrito) e a possibilidade de prestação de serviços públicos (em especial os privativos, por parte dos agentes privados) adequam-se as características de um modelo de Estado regulador. Este modelo possui duas ideias chaves ao se contrastado com os demais. Difere do Estado abstencionista por não crer na ideia autorregulação dos agentes econômicos privados, e difere do Estado intervencionista por não pleitear a atuação direta do Estado na atividade econômica. Em suma, as duas ideias nas quais se assenta são: “[...] (i) o Estado que regula a economia (o que o distingue do Estado abstencionista) e (ii) o Estado cujo papel em relação à economia se reduz

no fundamental à função regulatória (o que o distingue do Estado intervencionista).” (MOREIRA, 2013, p. 4).

A Constituição Federal ao prever que a atividade econômica, em sentido amplo, pode estar a cargo da economia de mercado e, conseqüentemente, que os serviços públicos também poderão ser prestados pelos agentes privados conforme a regulação pertinente, tem-se que o Estado regulador traz consigo o corolário da concorrência e de sua defesa. Deste modo, revaloriza o primado da concorrência presente na forma abstencionista e o reforça através da defesa da concorrência com a regulação pública da economia (MOREIRA, 2013, p. 3), ou seja, utiliza-se do poder estatal para revalorizar os fundamentos da economia de mercado e não ignora a necessária intervenção para corrigir as deficiências advindas do livre funcionamento da atividade econômica. A concorrência entre os agentes econômicos é o que deve buscar a dimensão econômica do Estado para que se alcance determinados fins, para tal se utilizará da ordem jurídica com a finalidade de que o mercado não corrompa os fundamentos do sistema econômico (MOREIRA, 1973, p. 104) e seja instrumento de concretização do escopo maior a ser perseguido pelo Estado (GRAU, 2010, p. 198-199). Com a revalorização do princípio da concorrência, o agente econômico é informado que sua liberdade econômica foi dilatada, ampliada, novas balizas foram impostas com o intuito de se reduzir as barreiras à entrada de uma atividade estatal fortemente reguladora e direta (empresas públicas ou de economia mista).

A escolha política de conformação do mercado trará consigo uma política econômica, a ser implementada pelo governo em conformidade com a ordem constitucional. Apesar de parecer confrontar com uma ideia de plano orientador da economia de mercado em que as decisões são coordenadas pelos agentes econômicos, esta não parece ser a conclusão. Crê-se que as formas econômicas ideias apresentadas são uma composição de graus diferentes de liberdade dados aos indivíduos (NUNES, 2007, p. 71), de modo que este grau é uma decisão da sociedade, pressupondo um Estado Democrático de Direito.

O Estado regulador atua compondo liberdades aos agentes dentro dos limites estabelecidos pela regulação pública da economia, incentivando a concorrência como um mecanismo de fortalecimento do mercado e de desenvolvimento econômico voltado ao objetivo principal de sua atuação, a dignidade humana. Não se pode ignorar que os mercados mais livres não são aptos para uma distribuição social da riqueza de maneira justa e adequada, porém neles podem se apoiar políticas sociais, com a ressalva de que não devem os mercados estar fundados na livre iniciativa (SZTAJN, 2004, p. 35). Este parece ser o caso do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, não tem como fundamento absoluto a livre iniciativa e sim a dignidade humana, portanto, a atuação estatal na regulação da concorrência deve se atentar a decisão política conformadora do mercado e não se guiar por doutrinas que negam ou mitigam o fundamento maior da República.

Assim, a escolha política que conformará o mercado imporá a este uma política econômica, desta forma, a ideia de mercado livre não pode ser considerada em sentido absoluto pois deve se atentar as balizas encontradas no ordenamento jurídico na qual se inserem. Observa-se que o modelo regulador propõe um caráter subsidiário da dimensão econômica do Estado, não mais atuando fortemente, porém não deixando prevalecer um capitalismo desorganizado aos moldes liberais. O capitalismo sob a forma econômica reguladora impõe limites a atividade dos agentes e estabelece um modelo de organização centrado na individualidade.

## A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO

A Constituição Federal ao imprimir a forma econômica do Estado regulador, também imprimi um determinado aparelho do Estado, ou seja, um modelo de administração pública que seja compatível com a forma econômica, de modo a tonar viável a consecução de determinada dimensão econômica estatal. Não se pode ignorar como as escolhas do legislador se dão historicamente, portanto, convém compreender que a decisão política por Estado regulador constitui uma “marcha” legislativa em duas frentes, a conformar a atividade econômica (lato sensu) (perspectiva econômica) e a implementar um determinado aparelho do Estado (perspectiva institucional). Esta marcha não se dá de modo coordenado e coeso, porém por uma construção política com avanços paulatinos e vinculada as concepções político-econômicas dos ocupantes do Poder Executivo (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 1-28). Porém, tal marcha apresenta um marco referencial, o Plano de Reforma do Aparelho do Estado (BRESSER-PEREIRA; PACHECO, 2005, p. 158), mas não sendo possível uma compreensão restrita a este. Devem-se realizar duas importantes considerações quanto a conformação legislativa: primeiro, que o texto constitucional exposto anteriormente é produto desta marcha e não corresponde em sua integralidade ao texto originário da Constituição Federal; e segundo, que a compreensão do Estado regulador também se dá infra constitucionalmente, mas devendo estas legislações ter lastro nos dispositivos constitucionais.

A primeira perspectiva desta marcha legislativa constituiu a condução de uma política econômica para estabilizar a economia, uma maior abertura do país ao mercado internacional e um processo de redução da atuação estatal direta na atividade econômica em sentido estrito. Neste sentido, pode-se observar a recomendação feita pela Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização (CDNP), vinculada ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), à Presidência da República para se iniciar o processo de privatização das empresas estatais pelos setores de siderurgia, petroquímica e fertilizantes (MATOS FILHO; OLIVEIRA, 1996, p. 16). A atuação estatal direta nestes setores era tão forte, que a eficácia da legislação antitruste neste período é comprometida (FORGIONI, 2012, p. 124), e se vê a promoção do desenvolvimento muitas vezes adversária de um modelo que prezaria pela concorrência, muitas vezes atuando como promotor de cartéis.

Não se pode ignorar os fatores que influíram nestas escolhas legislativas, destacando-se a elevada despesa pública e o esgotamento da capacidade de arrecadação tributária que culminaram ao desequilíbrio orçamental do Estado e seu crescente endividamento, destacando-se a pressão dos credores internacionais por reformas econômicas e administrativas para a renegociação da dívida pública. Despontando-se um cenário de crescente globalização econômica com redes de contratos cada vez mais interligados, os resultados advindos da não reconfiguração da conformação do mercado e da dimensão econômica do Estado seriam cruéis contribuindo decisivamente para a continuidade da marcha legislativa. Deste modo, inicia-se a implementação do Estado regulador a partir do governo de Fernando Collor de Mello, e sendo continuada pelos governos seguintes, principalmente, em função da ideia de que a resolução dos problemas de inflação e de crescimento sustentado, só se daria após o devido ajuste das finanças públicas (MATOS FILHO; OLIVEIRA, 1996, p. 7). A necessidade de estabilização da economia, em especial da moeda devido a hiperinflação, enfatizava a resolução dos problemas do déficit público, a alternativa que se colocava mais aceitável era a privatização dos ativos públicos como fonte de

recursos não inflacionários para o financiamento do déficit (MATOS FILHO; OLIVEIRA, 1997, p. 9).

A marcha legislativa empreendida na sua perspectiva econômica reconfigurou o mercado e empreendeu a modernização da econômica brasileira, se completando com o Plano de Reforma do Aparelho do Estado (perspectiva institucional). A subsidiariedade a atuação estatal na atividade econômica se deu, porém, em conformidade com a administração gerencial implementada, manteve-se empresas públicas ou de economia mista importantes como o Banco do Brasil, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), e a Petrobras, instituições responsáveis por boa parte do PIB nacional e também da promoção do desenvolvimento e da competitividade da economia (IPEA, 2011, p. 19).

Antes de se adentrar ao formato dado a administração pública (perspectiva institucional), convém distinguir as três formas de se administrar o Estado. A primeira delas constitui a administração patrimonialista, que remonta a pré-modernidade (anterior ao capitalismo industrial), caracterizado como uma “administração pública” comprometida por não objetivar o interesse público e pela confusão entre o patrimônio privado do mandatário do Estado com o patrimônio público. Este modelo ainda apresenta seus resquícios como prática, e não mais como valor, deste modo ainda é possível o observar na forma de clientelismo e fisiologismo, portanto, não podendo mais se falar em patrimonialismo (BRESSER-PEREIRA, 2000, p. 18).

Com o advento do Estado pós-revoluções liberais, surgirá a administração caracterizada pela sua finalidade de atuação estatal em prol do interesse público, e deste modo, tem-se os outros dois modelos. Caracterizado pelo interesse público, a segunda forma constitui a administração burocrática, já no contexto do Estado Moderno, a se caracterizar pela dominação racional-legal weberiana e o universalismo de procedimento em vista da profissionalização do serviço público (BRESSER-PEREIRA, 2000, p. 16). Este modelo surgido em período histórico de regimes autoritários, de forte tradição continental europeia, é marcado pelo interesse administrativo do Estado, ainda com a presença da dicotomia romanística do conceito de público tendo o monopólio estatal do interesse público (MOREIRA NETO, 1998, p. 37-38). Este interesse se exprimi por rígido procedimento e por não ser permeável a participação social, mostrando—se mostrará incompatível com as demandas sociais e as necessidades de desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

A superação do segundo modelo se dá com a administração gerencial, que em razão da complexidade da sociedade contemporânea busca criar novas instituições legais e organizacionais em vista a profissionalização e modernização do aparelho burocrático (BRESSER-PEREIRA, 2000, p. 16-17). Isto se dá a partir de uma administração mais eficiente na gestão e prestação de serviços públicos, aproveitando-se de modelos de gestão desenvolvidos pela sociedade e das potencialidades da gestão privada em ações conjuntas com a administração (MOREIRA NETO, 1998, p. 41). Este modelo também denominado *new public management* (“nova gestão pública”) constitui a segunda grande reforma administrativa a ser realizada no aparelho do Estado de sistema capitalista (BRESSER-PEREIRA, 2000, p. 16 et seq.), e que viabiliza, por motivos óbvios, uma forma econômica, em especial pelas suas bases teóricas que corroboram com a dimensão econômica de um Estado regulador (MOREIRA NETO, 1998, p. 40), porém se pontua que o Estado regulador não constitui necessariamente uma concepção econômica neoliberal, apesar da influência desta.

Assim, a administração gerencial constitui o modelo de administração e formatação do aparelho do Estado a ser exigido para a consecução de uma dimensão econômica de Estado regulador, devendo-se analisar algumas de suas características. A primeira constitui na sua aptidão para responder as demandas do ressurgimento político da sociedade, ou seja, através de seus dispositivos possibilita que o indivíduo não mais seja um mero espectador das decisões políticas, tornando-se centro do processo político através de sua participação seja como autor, espectador ou destinatário da atividade administrativa, corroborando com uma relação de poder pluralista e substancialmente democrática (MOREIRA NETO, 1999, p. 36-37). Neste sentido se pode observar a presença de maiores mecanismos de participação do cidadão na tomada de decisão, o que o possibilita conformar o mercado (ou seja, participar da decisão política que o conforma) de modo a possibilitar uma coordenação mais atomística da atividade econômica, reaproximando a forma e o sistema do modelo ideal de economia de mercado.

Uma segunda característica corresponde ao foco da atuação administrativa gerencial, não mais voltada ao interesse público do Estado (numa concepção regaliana), mas a um interesse público para o cidadão, de modo a superar a concepção romanista (MOREIRA NETO, 1998, p. 37-38). Pode-se observar a necessidade de que a administração pública se volte à prestação do serviço ao cidadão, de modo que o serviço público seja prestado, não importando o seu prestador deste que em atenção ao seu caráter de serviço público, corroborando com o artigo 175 da Constituição Federal.

Estas duas características impõem a reflexão dos princípios e métodos do direito administrativo em torno da terceira característica, que constitui a atividade administrativa fundamentada em dois valores centrais, a ética e a eficiência (MOREIRA NETO, 1998, p. 38). O valor da ética aponta a obediência aos princípios do interesse público, integralidade, objetividade, responsabilidade (*accountability*), transparência, honestidade e liderança (MOREIRA NETO, 1998, p. 38). E a eficiência voltada não apenas a ser eficaz através do desenvolvimento de processos para produzir resultados, a menor preocupação da administração gerencial com o processo traz o sentido de ser eficiente ao alcançar resultados “[...] com o menor custo, no mais curto lapso de tempo e com a melhor qualidade possíveis.” (MOREIRA NETO, 1998, p. 39). Estes valores entram em conformidade com o ordenamento jurídico e somente exequíveis num modelo de Estado democrático e social, onde o sentido absoluto da livre iniciativa seja mitigado. Apesar de parecer contraditório a mitigação da livre iniciativa, o sentido da eficiência ao pleitear que o Estado seja subsidiário não o é. O valor da eficiência apenas aponta a necessidade de que o Estado privatize determinados setores da atividade econômica *lato sensu* na qual atue e não consiga concretizar tal valor, porém sendo possível este a partir da atuação dos demais agentes econômicos.

Deste modo, pode-se observar que a administração gerencial não busca substituir o Estado pelo mercado, mas o conformar para que a sua atuação seja efetiva, voltada ao cidadão, e especialmente quanto à formatação do mercado e seu desenvolvimento, possibilitar uma regulação econômica eficiente e que promova a capacitação das empresas no processo competitivo internacional (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 22).

A compreensão das formas de administração permite observar o contexto no qual se insere a reforma administrativa que se deu na década de 1990 a partir do Plano de Reforma do Aparelho do Estado, que orientou a implementação da administração gerencial. Deste modo, convém compreender as três dimensões deste plano orientador, uma dimensão institucional-le-

gal, uma dimensão de gestão e uma dimensão cultural. A primeira se voltou “[...] a reforma do quadro normativo do setor público e a criação de novos formatos organizacionais [...]” (BRESSER-PEREIRA; PACHECO, 2005, p. 158), emergindo novas instituições: as agências reguladoras, as agências executivas, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público. Pode-se destacar as agências executivas e reguladoras, que introduzem na administração pública brasileira um modelo de independência e de modernidade administrativa: as agências executivas como um processo interno de descentralização administrativa que permite maior autonomia para a gestão de recursos públicos que tenham a natureza estatal; e as agências reguladoras, em função da prestação dos serviços públicos pelos entes privados, poderem atuar com autonomia na regulação destes setores econômicos (TÁCITO, 1999, p. 3-5).

A dimensão de gestão buscou introduzir “[...] instrumentos de gestão (contratos de gestão, contabilidade gerencial e de custos, planejamento e gestão estratégica, análise e melhoria de processos, procedimentos de gestão de qualidades entre outros) [...]” para que se torne viável os ideais de autonomia e responsabilização da administração gerencial, permitindo determinado grau de flexibilidade administrativa, combinados com novas formas de controle (social, por resultados e competição administrada) e canais de accountability (BRESSER-PEREIRA; PACHECO, 2005, p. 158-159). Tais instrumentos permitem maior dinâmica na atuação administrativa e na possibilidade de acompanhamento e controle da sua prestação, assim abrem caminho à introdução de mecanismos de participação social.

Por fim, a última dimensão da reforma administrativa constitui a cultural, com o escopo de recuperar a confiança do cidadão na administração a partir do compromisso de resultados, e tendo como estratégia a capacitação dos gerentes e servidores públicos (BRESSER-PEREIRA; PACHECO, 2005, p. 159). Esta dimensão cultural é mais desafiadora ao buscar “sepultar” os resquícios do patrimonialismo, práticas de clientelismo e fisiologismo, assim como busca realizar a transição da administração burocrática para gerencial.

Conforme o exposto, o Plano de Reforma do Aparelho do Estado constitui uma referência para conformação a dimensão econômica do Estado regulador, estendendo-se para escolhas legislativas além do texto constitucional. Portanto, clarifica-se que o Estado regulador exige uma determinada configuração do mercado e um determinado desenho institucional e funcional da administração pública.

O aparelho do Estado, construído a partir de então, demonstra-se compatível com a ordem econômica no tocante à revalorização da concorrência. O desenho institucional e funcional da administração não se volta a um sentido absoluto de livre concorrência, restringe este valor ao reconhecer à necessidade de atuação estatal na regulação da atividade econômica *lato sensu*. A conformação do Estado e a conformação do mercado se comunicam reciprocamente, de modo que para o seu correto funcionamento de um é necessário o correto funcionamento do outro, também não podendo haver uma sobreposição entre ambos (incompatibilidade). Um aparelho do Estado que não esteja em conformidade com o mercado, dado pela Constituição Federal, impede a existência de uma ordem econômica cujos escopos orientem a atuação tanto dos agentes públicos quanto dos agentes privados.

## A INSTRUMENTALIDADE DO DIREITO ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO

Após a investigação da dimensão econômica do Estado, busca-se compreender o que caberá ao direito econômico e administrativo frente a esta dimensão econômica estatal reguladora. Primeiramente, deve-se buscar conceituar o direito econômico e seu caráter, em seguida, apresentar qual o papel do direito administrativo – a dar suporte e juridicidade ao direito econômico e realizar a dimensão econômica do Estado.

A compreensão do direito econômico impõe a investigação de sua gênese, que remonta ao fenômeno bélico da Primeira Guerra Mundial sobre a atividade econômica, que leva a superação da dimensão econômica do Estado abstencionista e sua substituição (COMPARATO, 2012, p. 2-4; MOREIRA, 1973, p. 41). A referência ao conflito bélico se dá pelo surgimento de uma regulação da atividade econômica durante o período (a fim de atender as necessidades das frentes do conflito), inicialmente considerada excepcional e transitória. Desta experiência surgirá um direito rebelde à dicotomia direito público-privado, transformando a concepção clássica do direito (COMPARATO, 2012, p. 2-4). Este direito é indispensável à constituição de um modelo alternativo ao Estado liberal, que compreendia a sociedade e o Estado como dois elementos estranhos entre si, portanto, concebendo a atuação do estado no domínio econômico como uma “intervenção” (GRAU, 2010, p. 19).

Este novo direito fará com que o pensamento jurídico o transforme e o sistematize em prol de outros motivos. A subversão dos princípios da liberdade de empresa e liberdade de concorrência já se demonstrava latente com a mão invisível do mercado sob o domínio das grandes concentrações empresariais formadas no século XIX. Esta ameaça ao sistema econômico levará ao nascimento, mesmo antes do direito econômico, do direito antitruste, visando disciplinar as práticas empresariais. As razões de sua adoção nos Estados Unidos são diversas, podendo ser delineado um quadro amplo, polêmico e nada pacífico destas (SALGADO, 1997, p. 9-25).

Apesar do impacto do fenômeno bélico para o surgimento do direito econômico, fora a crise econômica de 1929 e seus perversos efeitos na economia mundial que levaram a adoção de uma nova dimensão econômica do Estado, consolidada após a Segunda Guerra Mundial e não permitindo o regresso à dimensão anterior. A crise de 1929, a necessidade de reconstrução da Europa após a Segunda Guerra Mundial (em especial a continental), e no Brasil a necessidade substituição das importações em face da guerra, trouxeram ao Estado a responsabilidade pelo curso da economia, não sendo mais possível evocar uma mão invisível para ordenar o processo econômico e social (MOREIRA, 1973, p. 55). Desta responsabilidade, tem-se a elevação da responsabilidade do Estado pela expansão econômica como um princípio. Um princípio abarcado aos direitos universalmente consagrados do homem, o direito ao desenvolvimento, abarcando este um processo econômico, social, cultural e político em prol do bem-estar social (MONTORO, 1997, p. 19).

Com este novo direito a ser denominado de direito econômico, observa-se uma mudança irreversível na disciplina da economia (anteriormente limitada à moeda e ao crédito), apesar de sua conceituação inicialmente vaga e indefinida, o seu desenvolvimento levou a clarificação de sua conceituação e delineamento do que se propõe (COMPARATO, 2012, p. 3). Ao se adotar que a ciência social pura corresponde a uma ciência social aplicada ou uma técnica social, ao projetar a mesma lógica à econômica política temos uma política econômica. A dimensão econô-

mica do Estado impõe a atuação em determinados setores da atividade econômica eleitos pelas escolhas legislativas de modo a conformar o mercado, esta atuação estatal na consecução de sua dimensão econômica traz consigo o desenvolvimento de uma política pública, e utilizara o direito positivo como instrumento consecução (GRAU, 2008, p. 25-26). Neste sentido, ao se compreender a atuação estatal na economia, uma política econômica (política pública econômica), encontra-se o direito econômico com um instrumento para se realizar tal política.

Assim, pode-se chegar à conceituação do direito econômico, portanto, “O novo direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica.” (COMPARATO, 2012, p. 5). O conteúdo econômico presente neste direito permeia diversos institutos jurídicos públicos e privados. A peculiaridade deste ramo do direito reside na sua destinação a instrumentalizar a política econômica do Estado mediante normas jurídicas (GRAU, 2010, p. 153).

Ao se observar o direito econômico em sua gênese e conformação, pode-se claramente perceber como seu conteúdo interage com outros ramos do direito, em especial o direito administrativo. O caráter instrumental do direito, podendo também se compreender, da própria legislação é unanimemente reconhecido na atualidade (NEVES, 2013, p. 22). Tal consideração implica também na ideia de que o poder político através da lei faz política, podendo-se colocar que o “legislador governa” (BURDEAU *apud* NEVES, 2013, p. 22). Porém tal compreensão não pode restringir o direito apenas, puramente, a uma atividade de sentido e intenção estratégico-programaticamente político-social (NEVES, 2013, p. 23).

Para se melhor compreender a relação entre o direito econômico e o direito administrativo, faz-se fundamental perquirir o conceito deste último, deste modo se tem direito administrativo como “[...] ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem.” (MELLO, 2011, p. 37), ou como “[...] o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.” (DI PIETRO, 2014, p. 48).

A partir destes conceitos se pode compreender que o direito administrativo tem para o direito econômico um caráter instrumental, porém está para além do sentido e intenção estratégico-programaticamente político-social, ou seja, de implementar uma política econômica, mas no sentido de dar suporte material e processual a atuação estatal fundamental para a consecução da dimensão econômica estatal. Fornece o direito administrativo os mecanismos jurídicos aptos para a consecução da política econômica, juridicamente traduzida pelo direito econômico, ao disciplinar com normas e princípios a atividade administrativa do Estado.

A reforma do aparelho do Estado em ambas às perspectivas, econômica e institucional, serve-se do direito administrativo para a sua realização, e realiza o direito econômico a ser informado pela dimensão econômica do Estado. Diante do cenário exposto se pode compreender a instrumentalidade aqui colocada, uma instrumentalidade diversa da instrumentalidade característica do direito econômico (estratégico-programaticamente político-social). Tal instrumentalidade também pode ser compreendida, em maior ou menor grau, ao relacionamento existente entre o direito econômico e os demais ramos com qual interage, portanto, imprimir o mesmo caráter ao se servir da sistematicidade (compreendendo também juridicidade), que as demais disciplinas possuem, para alcançar os seus escopos (a política econômica).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão política conforme o exposto se dá pelas escolhas legislativas, porém, estão para além do exercício do Poder Legislativo, abarcando a atuação administrativa em todas as esferas do Estado, em especial: as agências reguladoras; e as decisões, administrativas e judiciais, que informam os agentes. A coordenação econômica no âmbito da economia de mercado tem um modelo ideal de coordenação atomística, necessitando garantir a liberdade econômica dos agentes – uma liberalidade de forma mitigada, ou seja, sendo necessário o controle do poder econômico destes agentes pelo Estado. Neste sentido, observa-se novamente a relação existente entre o direito administrativo e o direito econômico, sendo importantíssimos os institutos jurídicos fornecidos pelo direito administrativo para a consecução dos escopos do econômico.

Além dos institutos jurídicos, o direito administrativo possibilita a conformação do mercado, englobando agentes públicos e privados, através do desenho institucional e funcional dado ao Estado e sistematizado pelos princípios e normas do direito administrativo. A atividade econômica necessita para sua realização e seu desenvolvimento destes institutos, ou seja, estes permitem a existência do sistema e forma econômicos. Então, pode-se também pensar no papel que direito administrativo tem, através de seu conteúdo, objeto e conceituação, para a edificação do mercado, oferecendo fluência e realização. Isto destoa de uma concepção aparentemente liberal de se restringir ao direito privado a compreensão da estrutura do sistema e forma, o que não se mostra plausível pela impossibilidade de se compreender o mercado sem a sua correspondente dimensão econômica do Estado.

A investigação da dimensão econômica do Estado, do direito econômico e do direito administrativo, demonstra o impacto que o direito administrativo tem na conformação dos institutos jurídicos que compõem o mercado, correlacionando-se ao desenvolvimento econômico. Por fim, pontua-se que a sociedade anônima, uma formatação possível a unidade de produção econômica, advém ou inspira-se em um instituto de direito público transportado ao direito privado, que viabilizou o acúmulo de capitais para a expansão da atividade econômica. Em suma, as características do direito administrativo não podem ser ignoradas, em especial pelo caráter instrumental peculiar que o direito econômico o dá, para a compreensão da relação existente entre o desenvolvimento tecnológico da produção e os institutos jurídicos que disciplinam os agentes públicos e privados, fulcrais para a fluência das relações econômicas.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Joaquim B. Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 50, jan. mar. 2005, p. 39-74.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista de administração pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n.4, jul.-ago. 2000, p. 7-26.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; WILHEIM, Jorge; SACHS, Ignacy (orgs.). *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 222-259.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; PACHECO, Regina Silvia. A reforma do Estado brasileiro e o desenvolvimento. In: ALBUQUERQUE, João Paulo; ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti de; VELLOSO, Reis (orgs.). Crise política e reforma das instituições no Estado brasileiro. Rio de Janeiro: José Olympio Editores, 2005. p. 150-170.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante capítulo do direito econômico. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 1, abr. 2011, p. 185.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 923, set. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v. 6, mai. 2011, p. 403.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

EUCKEN, Walter. Os fundamentos da economia política. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Banco do Brasil, BNDES e Caixa Econômica Federal: a atuação dos bancos públicos federais no período 2003-2010. Comunicados do Ipea, n. 105, ago. 2011.

IRTI, Natalino. L'ordine giuridico del mercato. 2. ed. Roma: GLF Editori Laterza, 2004.

MATOS FILHO, José Coelho; OLIVEIRA, Carlos Wagner de A. O Processo de Privatização das Empresas Estatais Brasileiras. Brasília: IPEA, maio de 1996. (Texto para discussão n. 422).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do Direito. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. Coimbra: Centelha, 1973.

MOREIRA, Vital. Economia e constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

MOREIRA, Vital. Introdução à regulação pública da economia. Coimbra: CEDIPRE/FDUC, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na administração pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 214, out.-dez. 1998, p. 35-53.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma nova administração pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 220, abr.-jun. 2000, p. 179-182.

NEVES, António Castanheira. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. 1. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NUNES, António José de Avelãs. Os sistemas económicos: o capitalismo – gênese e evolução. Coimbra: Serviços de Acção Social da UC, 2006.

SALGADO, Lúcia Helena. A economia política da ação antitruste. São Paulo: Editora Singular, 1997.

SZTAJN, Rachel. Teoria jurídica da empresa. São Paulo: Atlas, 2004.

TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 215, jan. mar. 1999, p. 1-7.



# O positivismo jurídico de Herbert L. A. Hart: da refutação do imperativismo de Austin ao sistema de regras primárias e secundárias

Fernanda Miler Lima Pinto

*Doutoranda em Ciências Sociais na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Possui especialização em Direito Penal (FDDJ), em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UNINTER), em Metodologia do Ensino na Educação Superior (UNINTER) e em Diplomacia, Políticas Públicas e Cooperação Internacional (UNINTER). Advogada OAB-MA.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.146.15

## INTRODUÇÃO

Considerado o mais importante representante contemporâneo da teoria jurídica analítica inglesa, de 1950 até os dias atuais, e cuja obra é apogeu do positivismo jurídico. Herbert Lionel Adolphus Hart, nas páginas iniciais, de “O Conceito de Direito”, se vincula à tradição analítica, focando no uso da linguagem para entender práticas sociais (DANTAS, 2014). Hart não adentra em responder como o Direito deve ser, mas se concentra em compreender como ele é, deslocando a análise direta sobre fatos brutos para a mediação pela linguagem (LOPES FILHO *et al.*, 2018). Por isso, já no prefácio da sua obra, ele alerta que os juristas considerarão seu livro como um ensaio de teoria jurídica analítica, por se preocupar com a clarificação de determinados termos, como “ser obrigado” e “ter uma obrigação”. Por outro lado, admite também que podem vincular à sociologia descritiva, pois as importantes distinções terminológicas, nem sempre óbvias, de “[...] situações ou relações sociais podem ser mais bem trazidas à luz por um exame dos usos-padrão de expressões relevantes e do modo por que estes dependem de um contexto social, ele próprio deixado frequentemente por afirmar.” (HART, 2001, p. 02).

Hart nasceu em Yorkshire, Inglaterra, em 18 de julho de 1907, no seio de uma família que mantinha sua identidade judaica ortodoxa (SIFUENTES, 2017). Entre 1952 e 1969, foi professor de Teoria do Direito (*Jurisprudence*) na Universidade de Oxford e, entre 1956 e 1957, atuou como professor visitante na universidade de Havard. Durante sua carreira, teve notáveis alunos como Joseph Raz, John Finnis e Ronald Dworkin (a quem chamava *the noblest dreamer*) (DANTAS, 2014). Além desses, também foi professor de Brian Barry, Vernon Bogdanor, Geoffrey MacCormack, Peter Hacker, Vinit Haksar, Ruth Gavison, Stephen Munzer, Wilfrid Waluchow (seu último discípulo formal) (SIFUENTES, 2017). Herbert Hart faleceu em 26 de dezembro de 1992, com 85 anos de idade, deixando um legado de diversos livros publicados e de ter escrito uma das principais obras entre os estudos jurídicos do século XX, “O Conceito de Direito”, o qual inspirou uma corrente de autores, como Neil MacCormick. (DANTAS, 2014; SIFUENTES, 2017)

O presente artigo tem como objetivo expor alguns dos principais pontos debatidos na obra de Herbert Lionel Adolphus Hart, “O Conceito de Direito”, concentrando-se na análise da primeira parte dessa obra, onde Hart refuta o imperativismo jurídico de John Austin (capítulos II, III, IV). Além disso, esse estudo também se desenvolve no sentido de fazer breves apontamentos e reflexões sobre o entendimento de Hart acerca da obrigação jurídica e do sistema de regras que regem o Direito.

Desse modo, o conteúdo aqui apresentado se organiza de maneira a responder os três questionamentos lançados por esse autor no primeiro capítulo de “O Conceito de Direito”, quais sejam: 1) “Em que a obrigação jurídica se difere dos comandos garantidos por ameaças?”; 2) “Em que a obrigação jurídica se difere da obrigação moral?”; 3) “O que são regras? Elas existem?”. Sendo assim, esse artigo obedece a ordem de, primeiramente, introduzir o pensamento de John Austin, para em seguida demonstrar como Herbert Hart refutou o imperativismo jurídico. O segundo ponto analisado será quanto à ideia de obrigação jurídica para Hart. Em terceiro, será ilustrado como o jurista inglês pensou o sistema escalonado de regras que regem a sociedade, um dos pontos mais marcantes de sua obra.

## REFUTANDO O IMPERATIVISMO JURÍDICO DE JOHN AUSTIN

Em “*The Province of Jurisprudence Determined*”, John Austin pormenoriza acerca do imperativismo jurídico. Segundo esse jurista, o Direito é um conjunto de comandos garantidos por ameaças<sup>1</sup>. Para melhor compreender essa imagem do Direito, vale pensar em um exemplo: um ladrão para assegurar seu comando a um caixa de uma loja, de modo que esse entregue àquele o dinheiro desse estabelecimento, se vale de uma ameaça (morte ou lesão). O que diferencia o Direito desse caso do assaltante é de onde vem a ordem, que naquele caso provem de um ato soberano. Assim, ele formula a relação de soberano e súdito, sendo que esse obedece àquele devido a um hábito de obediência. Soberano é aquele a quem se tem o hábito de obedecer, embora que ele não obedeça a ninguém.

Nessa visão do imperativismo austiniano, movido por comandos e ameaças<sup>2</sup>, os juízes decidem conforme os comandos do soberano, porém se esse não tiver se pronunciado sobre a questão em pauta, resta àqueles julgarem como lhes parecer mais adequado. Desse modo, não tendo o soberano decidido previamente sobre a matéria e não tendo se oposto à decisão derradeira, entende-se que o soberano a aceita tacitamente, portanto essa será considerada uma decisão do próprio soberano. Acerca disso, Lenio Streck (2017, p. 169) explica como essa visão possibilita que o juiz ponha o “fato”:

O Direito seria constituído de comandos proferidos pelo soberano para uma comunidade específica (*autoritas non veritas facit legem*). Austin defendia a codificação, pois entendia ser o Direito legislado uma forma superior em relação ao Direito judiciário. Todavia, estando no *Common Law*, também considerava que os juízes criavam Direito, de modo particular, por delegação legislativa diante da impossibilidade de as regras darem conta de forma absoluta de todas as hipóteses fáticas. Portanto, juiz põe ‘fato’. Positiva.

É a esse modelo que Hart fará questionamentos, concentrando-se principalmente em três argumentos: 1) Distinguir um comando de uma regra; 2) Demonstrar que existem tipos diferentes de regras e que nem todas se adequam ao modelo formulado por Austin; 3) Defender que as noções de soberano, súdito e hábito de obediência são falhas e que não conseguem explicar o funcionamento das regras jurídicas.

### Críticas e objeções

Para Hart, regras e comandos são coisas distintas e para melhor compreender essa distinção, ele constrói a ideia do sentido interno e externo das regras.

O sentido externo da regra pode ser entendido como um padrão constatativo, uniforme, repetitivo e estatístico. Exemplo: Em determinada comunidade, as pessoas tem o hábito de ir ao cinema nos finais de semana. Apesar de ser uma característica constatável nesse grupo, que a

<sup>1</sup> Segundo John Austin, o Direito é composto por espécies de comandos que somente são assegurados por meio de um mal, uma consequência negativa no caso de desobediência. “Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a command. Or, rather, laws or rules, properly so called, are species of commands. [...] A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded.” (AUSTIN, 1832, p. 06)

<sup>2</sup> Para Austin, quanto mais grave o grau da ameaça/sanção, maior a eficácia do comando. Ou seja, para um comando ser assegurado, para que seja garantida sua obediência, é necessário que haja uma sanção. O excerto a seguir de “*The Province of Jurisprudence Determined*” pode ilustrar melhor essa ideia: “The truth is, that the magnitude of the eventual evil, and the magnitude of the chance of incurring it, are foreign to the matter in question. The greater the eventual evil, and the greater the chance of incurring it, the greater the efficacy of the command, and the greater is the strength of the obligation: Or (substituting expressions exactly equivalent) the greater is the chance that the command will be obeyed, and that the duty will not be broken. But where there is the smallest chance of incurring the smallest evil, the expression of a wish amounts to a command, and, therefore imposes a duty. The sanction, if you will, is feeble or insufficient; but still there is a sanction, and, therefore, a duty and a command.” (AUSTIN, 1832, p. 09)

cumprido de modo uniforme e repetitivo, podendo ser comprovado estatisticamente, as pessoas não interiorizam esse comportamento como uma regra. Quem percebe o caráter externo da regra é o observador, quando o observado incorpora o hábito como uma regra, estamos falando do sentido interno. Exemplo desse é o fato de se pagar impostos, o qual não precisa de demais justificativas para ser cumprido. Cumpre-se, pois se percebe como uma regra, logo possui o sentido externo (estatisticamente constatável) e o sentido interno (interiorizada pelos participantes do grupo).

O sentido interno<sup>3</sup> exige que a regra seja obedecida, porque a considera válida e obrigatória. Três elementos nos fazem perceber estarmos diante de uma regra em sentido interno: 1) Quando os participantes a consideram obrigatória; 2) Quando a desobediência da regra pode ensejar críticas ou mesmo uma sanção; 3) Quando o motivo das críticas ou sanções se concentram na própria desobediência da regra. Desse modo, percebe-se que no caso do sentido interno, a justificativa da regra é nela mesma, não é necessário se apelar para razões substantivas que fundamentem a obediência a esse comportamento. Exemplo: Não é necessário se justificar o pagamento de impostos em ser algo bom a ser feito ou algo benéfico para a sociedade, mesmo porque isso não convenceria grande parte das pessoas. Essa ação se justifica por ser uma regra em sentido interno, que os indivíduos internalizam sua obediência como obrigatória, seu descumprimento pode ensejar críticas/sanções e que o motivo dessas se concentra na desobediência da própria regra. No exemplo do cinema, ninguém seria punido por desobedecer a regra de sentido apenas externo, pois ela não é vista como obrigatória. Essa diferenciação se tornou essencial para compreender o sentido de regra para Hart.

A concepção desse jurista entende que regras são mais complexas em um sentido normativo que os comandos, e a partir disso elenca algumas distinções importantes. Primeiro, Austin vincula a obediência do comando a uma ameaça/uma sanção vinda do soberano aos súditos, porém, mesmo uma lei criminal (que o descumprimento da regra enseja automaticamente uma sanção) tem muitas vezes um âmbito de aplicação diferente do de ordens dadas a outros (súditos), porque uma lei pode impor deveres àqueles mesmos que a fazem, seus agentes (soberano).

Além disso, as leis são distintas uma das outras, pois elas não somente obrigam as pessoas a fazer coisas, mas também podem conferir-lhes poderes ou ter a função de organização do sistema. O modelo austiniano previa uma sociedade, onde havia somente comandos de obediência obrigatória, porém nem todas as regras apenas se traduzem em obrigações cujo descumprimento enseja uma sanção, como a regra que determina a validade de um negócio jurídico, por exemplo. Para Hart, o modelo que busca uma uniformidade ilusória configura um erro, porque “uma característica distintiva do Direito, se não a principal, reside na fusão de tipos diferentes de regras.” (HART, 2001, p.57)

Por outro lado, há que se considerar também que embora a promulgação de uma lei seja em alguns aspectos análoga à emissão de uma ordem, certas regras de direito são originadas pelo costume e não devem o seu estatuto jurídico a qualquer ato consciente de criação do di-

*3 Hart utiliza um exemplo do jogo de xadrez para explicar o sentido interno das regras, conforme esse excerto de “O Conceito de Direito”: “Este aspecto interno das regras pode ser ilustrado de forma simples a partir das regras de qualquer jogo. Os jogadores de xadrez não têm apenas hábitos semelhantes de movimentar a rainha da forma idêntica que um observador externo, ignorante em absoluto da atitude deles em relação aos movimentos, pode registrar. Para além disso, têm uma atitude crítica reflexiva em relação a este tipo de comportamento: encaram-no como um padrão para todos quantos pratiquem o jogo. Cada um deles não se limita apenas a movimentar a rainha dum certo modo, mas ‘tem opinião formada’ acerca da correção de todos os que movimentam a rainha dessa maneira. Essa opinião se manifesta na crítica e nas exigências de conformidade feitas aos outros, quando ocorre ou ameaça haver desvio, e no reconhecimento da legitimidade de tal crítica e de tais exigências quando recebidas de outros.” (HART, 2001, p. 65/66)*

reito. Isso quer dizer, que não dependem da vontade única do soberano, como se entendia no imperativismo jurídico.

Outrossim, o hábito de obediência defendido por Austin também é confrontado pela análise de Hart, porque ele não dá conta de explicar três fenômenos distintos. O primeiro se refere quanto à permanência das leis (paradoxo do soberano sucessor). Nesse caso, a contradição se constrói quando o soberano morre/é destituído e instaura-se um momento de questionamento da validade dos comandos. Isso porque, no modelo austiniano o comando tem validade porque é proferido pelo soberano e esse dispõe das maneiras legítimas de fazer a ameaça no caso do descumprimento desses comandos. Se o soberano não exerce mais poder nessa comunidade, seus comandos também estão desvalidados, então quem dará a legitimidade para que um soberano sucessor possa ditar comandos, se não há um comando que o permita? Nisso consiste o segundo problema, a continuidade dos soberanos.

Em terceiro, suscita-se a pergunta: Qual a razão para se obedecer ao soberano? A noção de hábito de obediência dá a entender que as pessoas obedecem ao soberano porque costumam obedecê-lo, mas não explica porque deveria obedecê-lo. Essa concepção não se preocupa em esclarecer sobre a obrigatoriedade, pois apenas atende ao sentido externo (estatisticamente constatável) que as pessoas costumam obedecer ao soberano, mas não explora a interiorização da obrigatoriedade do cumprimento pelo súdito (sentido interno).

Ademais, amparar-se na visão soberano e súdito, esse que só obedece e aquele que só manda sem ter deveres de obediência, não é compatível com uma democracia. Sem contar, que o papel de soberano e súdito varia ao longo da história, porém o Direito não varia na mesma frequência.<sup>4</sup>

## CONCEITUANDO A OBRIGAÇÃO EM HART

Para Hart, as regras devem ser obrigatórias, frutos de uma prática constituída, desde que exista uma atividade normativa. Esses dois últimos elementos são compreensíveis a partir do sentido interno e externo das regras, já a obrigação passa por uma análise mais dedicada no trabalho desse jurista.

Partindo da ideia que onde existe Direito, a conduta deixou de ser facultativa, Hart determina que a obrigação deve decorrer de uma regra, depende da aplicação dessa regra ao caso particular e essa regra da qual decorre deve ser extremamente relevante do ponto de vista social (forte pressão social).

Devemos aqui lembrar do exemplo do assaltante que obriga o caixa de uma loja a lhe

---

*4 "Para Austin, o súdito é aquele que tem o hábito de obedecer ao soberano, enquanto o soberano é aquele que, embora sendo obedecido, não tem o hábito de obedecer a ninguém. Contra isso, Hart observa, em primeiro lugar, que a definição dada para o soberano supõe um tipo de governante absoluto que, ao menos nas modernas democracias, não pode ser encontrado. Qualquer governante terá que obedecer às leis e à Constituição e não poderá extrapolar os poderes que lhe são atribuídos. Portanto, não há aquele que, sendo obedecido, não obedece a ninguém. Mais ainda: Nas democracias, os governantes agem como representantes do povo, sendo este, e não os governantes, o verdadeiro soberano. Como o povo é também a coletividade de todos os destinatários das normas, as noções de soberano e de súdito tendem a se confundir entre si até o ponto em que não faça mais sentido distingui-las de modo tão estanque. Vale notar ainda que quem ocupa o papel de soberano e de súdito varia ao longo do tempo, sem que o Direito varie correspondentemente. Uma norma criada num século poderá, se não tiver sido revogada, ainda valer um século depois, mesmo que todos os seus criadores originais estejam mortos e mesmo que nenhum dos seus destinatários originais se encontra mais no mundo. Essa aptidão para passar de uma pessoa para outra, a autoridade de um e a obrigação do outro têm porque são instituídas por regras, uma vez que comandos não sobrevivem além de seus criadores e destinatários originais." (COELHO, 2011)*

entregar o dinheiro (vide tópico anterior desse artigo), se o autor do roubo fosse uma criança de sete anos, afirmando que se não a entregasse o dinheiro ela lhes daria um beliscão, o caixa se sentiria obrigado a obedecer? Por óbvio que a resposta seria negativa. Questões psicológicas não criam obrigações, o simples fato de se ameaçar outro indivíduo não é capaz de criar uma obrigação.

Afirmações de cunho psicológico não bastam para criar uma obrigação porque, na verdade, uma pessoa pode ser obrigada mesmo se acreditar que nenhuma consequência desagradável irá ocorrer caso desobedeça. A obrigação que todos os homens possuem de se apresentarem ao serviço militar quando completarem 18 anos continuará existindo mesmo se alguém tiver certeza que não será punido se não obedecer (ele pode ter subornado alguém, por exemplo; ou ido morar em outro país). O erro da teoria imperativa é não diferenciar entre “sentir-se” obrigado e “estar” obrigado. Nas palavras de Hart: “há uma diferença, ainda por ser explicada, entre as afirmações de que alguém foi obrigado a fazer alguma coisa e de que tinha a obrigação de fazê-lo” (2009, p. 107). Uma pessoa pode se sentir na obrigação de desejar bom dia para as outras pessoas, mas isso não é a mesma coisa que ter a obrigação de desejar bom dia (Sgarbi, 2006, p. 122). (MARTINS, 2012, p. 70)

Reduzir a obrigação a um simples ato de obediência a uma ameaça é negligenciar diversos aspectos da complexidade das relações sociais e jurídicas. De acordo com Hart, a dimensão normativa do Direito somente pode ser compreendida a partir da noção de regras. E nesse ponto a teoria imperativista falha significativamente no aspecto das obrigações por desconsiderar a concepção de regras.

A objeção fundamental é que a interpretação punitiva obscurece o fato de que, onde existem regras, as infrações não são apenas motivos para prever-se que reações hostis se seguirão, ou que um tribunal aplicará penas ou sanções àqueles que violem as regras, mas também uma razão ou justificativa para aquelas reações e para a aplicação dessas sanções (HART, 2009, p. 109).

Surge assim a diferenciação entre duas faces da mesma moeda, o “ser obrigado a” e o “ter a obrigação de”. O primeiro implica dizer que alguém foi obrigado a fazer alguma coisa, impelido por uma ameaça forte o bastante para obrigá-lo a fazer algo contra sua vontade. Por outro lado, o segundo se traduz na ideia de se ter um dever, independentemente da existência de uma ameaça ou da necessidade de cumprimento dessa obrigação. Para Austin, “ser obrigado a” e “ter obrigação de” eram reduzidos a uma só ação (comando + ameaça), não havia essa diferenciação. Hart propõe essa distinção justamente para explicar que determinadas regras não são asseguradas por meio de uma ameaça, mas pela ideia de “ter obrigação de”. Ambos são determinantes numa sociedade, mesmo que muitas pessoas apenas funcionem na lógica do “ser obrigado a”, o “ter obrigação de” é fundamental para internalização da obrigação. Isso é devido ao grau de normatividade contido em “ter obrigação de”, sendo que esse não é afetado pelas subjetividades a quem é dirigido. Por outro lado, “ser obrigado a” depende do grau da ameaça e a sensação em quem o recebe.

Outra distinção se faz significativa entre os pontos de vista dos participantes do sistema, que vão determinar como esses respondem ao Direito<sup>5</sup>. O ponto de vista externo se refere àqueles que cumprem as obrigações, desde que haja consequências para o caso de sua obediência

*5 Thomas Bustamante explica os pontos de vista interno e externo de Hart: “Como explica Hart, é possível analisar as regras de um sistema normativo tanto como um mero observador externo que não as aceita, ele próprio, quanto como um ‘membro do grupo que as aceita e usa como guias para a sua conduta’. Enquanto a primeira perspectiva pode ser denominada ‘externa’, a segunda é o denominado ‘ponto de vista interno’. Hart vê o sistema jurídico como um sistema de normas sociais, no duplo sentido de que essas normas ‘governam a conduta de seres humanos nas sociedades’ e de que ‘elas devem a sua origem e existência exclusivamente a práticas sociais humanas’. Essas práticas sociais, contudo, só existem em função da aceitação, pelos oficiais do direito que atuam no ponto de vista interno, de uma regra última de reconhecimento que contenha os critérios fundamentais de validade das outras regras que compõem o sistema jurídico.” (BUSTAMANTE, 2015, p. 315)*

ou desobediência. O ponto de vista interno é adotado pelos funcionários que aplicarão o Direito e por aqueles que se preocupam sobre a garantia dos seus direitos pelas regras na sociedade. É preciso adotar os dois pontos de vista, pois se o ponto de vista interno for ignorado, não tem como se explicar o conceito de “ter obrigação a”.

Então, até aqui pode-se concluir que uma obrigação social exige apenas que haja uma forte pressão social que a sustente, enquanto uma obrigação jurídica existe independentemente do sentimento ou da pressão sobre ela. Por exemplo, não importa que alguém não se sinta obrigado a cumprir a lei, a obrigação jurídica continuará existindo.

A ideia de obrigação jurídica pressupõe a existência de regras jurídicas que exigem das pessoas uma determinada conduta e que são consideradas válidas em virtude da regra de reconhecimento. Quando um juiz afirma que alguém descumpriu uma obrigação jurídica disposta em uma regra, ele identifica essa regra como válida por ter respeitado os critérios da regra de reconhecimento. E, se a regra é válida, as autoridades de um sistema jurídico têm o dever de aplicá-las. Portanto, se alguém descumprir uma obrigação jurídica disposta por uma regra identificada como jurídica pela regra de reconhecimento, “o juiz toma a regra como guia, e a infração àquela como sua razão e justificativa para punir o infrator” (Hart, 2009, p. 14). O dever que as autoridades possuem de aplicar uma punição em caso de desobediência é, na visão de Hart, diferente da forma como é posta pela teoria imperativa: quando Hart afirma que as autoridades possuem esse dever, a palavra “dever” faz referência a uma prática social. (MARTINS, 2012, p. 73)

Desse modo, Hart afasta a teoria imperativista, para afirmar que a obrigação jurídica requer a existência de uma regra jurídica que obrigue certa conduta, amparada pelo reconhecimento dela como tal (a noção de regra de reconhecimento, no tópico a seguir). “Se a uma regra que impõem uma obrigação é considerada válida pela regra de reconhecimento, ela gerará obrigações, e as autoridades a aplicarão, mesmo que os indivíduos não concordem com a regra.” (MARTINS, 2012, p. 74)

## **DESCREVENDO O DIREITO: A SOCIEDADE REGIDA POR REGRAS**

Hart defendeu que o sistema jurídico é composto de um conjunto de regras escalonadas, as quais ele separou entre regras primárias, que determinam a conduta dos participantes do grupo, e secundárias, que regulam o sistema e possibilitam criar, extinguir, modificar ou controlar a aplicação das regras.

As regras secundárias surgem em decorrência das deficiências que as regras primárias não conseguem suprir. Uma sociedade composta somente de regras primárias incorreria nos problemas de uma sociedade mantida somente por comandos, o que já se comprovou incabível na crítica ao modelo anterior. As regras primárias, ou de tipo básico, são regras de obrigação e exigem das pessoas o ato de fazer ou não fazer algo, independentemente do seu querer. Imagina-se uma “[...] comunidade primitiva onde só houvesse regras primárias: uma estrutura social sem poder legislativo, juízes ou qualquer tipo de agente público. Só haveria regras de conduta costumeiras identificadas e aplicadas pelos próprios membros da comunidade.” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 59).

Desse modo, Hart divide as regras secundárias de acordo com suas funções, em resposta aos problemas que elas são evocadas a solucionar. Numa comunidade onde existem apenas regras primárias, existirá um problema de incerteza na aplicação ou âmbito de uma regra ao caso concreto, visto que não há um processo para dirimir essas dúvidas. A esse problema, a

solução aparece na regra de reconhecimento, que é capaz de determinar os critérios pelos quais uma norma é identificada.

A regra de reconhecimento surge por uma questão empírica, sua existência na maior parte das vezes não é enunciada. Essa regra representa o fundamento do sistema e justifica a existência do ordenamento jurídico. Além disso, a regra de reconhecimento estabelece os critérios de validade das normas e é considerada a última regra do sistema (KOZICKI; PUGLIESE, 2017). Essa ideia introduz a noção de validade jurídica “[...] na medida em que se conta, a partir dela, com um instrumento para identificação de uma regra social como regra pertencente ao sistema jurídico. Trata-se de fornecer às ‘autoridades públicas’ os ‘critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação’” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 59-60).

O segundo defeito das regras primárias é o caráter estático, que ocorre por não existir autoridades incumbidas de alterar, criar ou extinguir regras nesse sistema jurídico. A responsável por resolver esse problema é a regra de alteração, que confere poder para haja modificações nesse ordenamento.

Por último, as regras de julgamento surgem para sanar problemas da ineficácia da pressão social difusa pela qual as regras são mantidas. Aquelas consistem em “[...] dar poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma norma primária. Além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir” (HART, 2001, p. 106).

Apesar do modelo de união de regras primárias e secundárias ser o ponto central dos estudos de Hart, ele alerta que o sistema por si só não tem condições de solucionar todos os problemas. “A união de regras primárias e secundárias está no centro de um sistema jurídico; mas não é o todo, e à medida que nos afastarmos do centro teremos de acomodar, [...], elementos de uma natureza diferente.” (HART, 2001, p. 109)

Hart defende que os deveres jurídicos são criados por regras, socialmente reconhecidas e imbuídas de normatividade. Desse modo, cria-se a tese do Direito como uma instituição social, “[...] na qual a linguagem ocupa papel constitutivo, pois as regras gerais, os padrões de conduta e os princípios, que seriam necessariamente o ‘principal instrumento de controle social’, devem ser comunicados às pessoas.” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 61).

Hart observa que a linguagem geral em que as regras se expressam não fornecem uma orientação precisa, e que isso pode gerar incertezas com relação à sua aplicação. Os chamados “cânones de interpretação”, de igual forma, não eliminam totalmente as incertezas, visto que constituem normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem, eles próprios, interpretação. Assim, a sua visão é a de que a própria linguagem, dada a sua imprecisão, confere ao intérprete discricionariedade. (STRECK; MOTTA, 2018, p. 61)

Para Hart, não há saída para se fugir da discricionariedade, em algum momento os padrões de comportamento se mostrarão tão imprecisos a ponto de transferir a escolha da solução mais adequada às mãos das autoridades competentes. Isso porque “esses padrões terão em todo o caso, assim, o que se chama de textura aberta: uma característica geral da linguagem humana, que gera incerteza nas zonas limítrofes.” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 61).<sup>6</sup>

*6 Katya Kozicki e William Pugliese (2017) explicam o que significa a textura aberta no pensamento de Hart: “Reconhecendo uma textura aberta da linguagem, Hart fundamenta a existência de uma textura aberta do Direito. Isto, no conjunto de O Conceito de Direito, determina que se compreenda o Direito como sistema aberto e auto-referente. Os limites naturais da linguagem impedem que o Direito se expresse sempre através de enunciados unívocos, gerando a necessidade do intérprete buscar – dentro desse mesmo sistema – a complementação de significado dos termos não claros. Neste aspecto, ‘em todos os campos*

Em outras palavras, o positivismo, ao reconhecer que é impossível — quando se fala em *Direito* — conceber um código, uma legislação, um sistema completo, infinito, aceita que, quando a convenção termina, o juiz decida com base em seu juízo discricionário. Dworkin, em suas críticas, resumiu bem: para o positivista, “quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário pra julgar”. Ora, esse resultado nem poderia ser diferente: o positivista não tem pretensões de dizer como o Direito deve ser aplicado. A discricionariedade torna-se, pois, nada mais que um resultado natural. (STRECK, 2018, p. 897)

Esse é um problema que o positivismo jurídico de Hart não conseguiu enfrentar: a discricionariedade, a principal característica do positivismo pós-exegético (STRECK, 2014). Pois, se estando em face de casos duvidosos não haveria outra saída qual não fosse a descrição judicial, na qual o juiz pode se valer, legitimamente, da decisão que considerar mais adequada. “Seja a decisão judicial boa ou má, justa ou injusta, não importa: ‘no quadro do campo da discricionariedade, a [...] decisão está sempre certa’” (STRECK; MOTTA, 2018, p. 62).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Herbert Hart é considerado um dos jurista mais relevantes de importância acadêmica, sendo que seus trabalhos marcaram a “incorporação da agenda de discussões filosóficas acerca da linguagem na teoria do Direito” (MACEDO JUNIOR, 2010, p. 203). Após a publicação de sua obra “O Conceito de Direito”, modificou-se vários padrões anteriormente seguidos e possibilitou a existência de importantes debates, como o Hart-Fuller e o famoso Hart-Dworkin, o qual possibilitou a divisão entre positivistas inclusivos e exclusivos (MACEDO JUNIOR, 2010).

Cronologicamente, Hart foi o primeiro grande positivista após Kelsen, desenvolvendo importantes teses como a da discricionariedade e a da separação de Direito e Moral (STRECK, 2017), na qual ele não nega que possa existir uma invocação de conceitos e normas morais, mas apenas na medida que o sistema jurídico a admite. Por isso, essa ideia inaugura o conceito de positivismo brando ou moderado (*soft positivism*), que “[...] tem seus marcos lançados pelo posfácio de Hart (2009) em resposta a Dworkin (2002), no qual, em apertada síntese, rejeita que a regra de reconhecimento estabeleça apenas critérios formais de *pedigree* para dizer o que é ou não Direito, podendo adotar critérios morais para tanto.” (LOPES FILHO; *et al.*, 2018, p. 355)<sup>7</sup>.

No entanto, apesar dos esforços, o positivismo nunca conseguiu se desvencilhar da discricionariedade, a qual é negativa pois trata-se de uma autorização para que se possa decidir conforme a consciência do julgador. Lenio Streck (2017, p. 61) explica que “isso não é democrático, num plano de qualquer teoria contemporânea”. Direito e discricionariedade não podem conviver harmonicamente, pois “quando admitimos o uso da decisão discricionária, automaticamente, afirmamos que essa decisão poderá ser pautada por critérios não jurídicos.” (STRECK,

*da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer. É precisamente este limite da linguagem que constitui a sua chamada textura aberta. De acordo com esta teoria, existe uma indeterminação de sentido na linguagem que não pode jamais ser eliminada. Podem ser tomadas inúmeras determinações acerca do sentido de um termo, mas sempre existirão possibilidades em que o conceito ainda não foi delimitado. As principais imprecisões que podem atingir um termo são a vagueza e a ambiguidade. Esta impossibilidade da comunicação ser sempre precisa resulta, em última análise, de que o significado de uma expressão só é obtido em função do seu uso dentro de um determinado contexto. E a multiplicidade dos usos e funções dos diversos jogos linguísticos obsta a uma comunicação sem entraves.*

*7 A partir do debate Hart-Dworkin, foi possível existir a diferenciação entre positivismo inclusivo (brando, incorporacionista, soft, moderado) e positivismo exclusivo. Juraci Mourão Lopes Filho, Júlio César Matias Lobo, Taís Vasconcelos Cidrão (2018, p. 355) explicam, resumidamente, acerca desse último tipo: “Por sua vez, o positivismo exclusivo defende que o Direito é conceitualmente incompatível com a incorporação da moral pelo Direito, seja porque é incompatível com a lógica da autoridade – versão de Raz (1979) ao defender que o Direito, como razão de segunda ordem, requer autoridade no sentido de que as prescrições jurídicas são obrigatórias não porque sejam morais, mas porque são jurídicas, sob pena de o Direito ser desnecessário ao ponto de bastar a moral –; seja porque atenta contra a lógica dos planos – versão de Shapiro (2017), ao entender que o Direito pressupõe um planejamento que impede a constante revisão do que foi prescrito, o que é possibilitado caso se insira elementos morais.”*

2017, p. 61).

Embora, hoje esse debate seja possível, ele se deve à análise das teorias anteriores e a reflexão atenta dessas formas. Desse modo, torna-se de extrema importância ainda nos dias atuais o estudo dedicado ao trabalho de Herbert Hart, principalmente quanto à sua obra principal “O Conceito de Direito”. Esse artigo teve o escopo de expor alguns pontos relevantes dessa obra, quais sejam: o pensamento de John Austin, os argumentos utilizados por Hart para refutar o imperativismo jurídico, a obrigação jurídica hartiana e o sistema escalonado de regras primárias e secundárias, um dos pontos mais marcantes de sua obra.

Desse modo, o conteúdo aqui apresentado se organiza de maneira a fazer apontamentos essenciais acerca dos três questionamentos lançados por esse autor no primeiro capítulo de “O Conceito de Direito”, quais sejam: 1) “Em que a obrigação jurídica se difere dos comandos garantidos por ameaças?”; 2) “Em que a obrigação jurídica se difere da obrigação moral?”; 3) “O que são regras? Elas existem?”.

Hart refutou a teoria imperativa de Austin, que sustenta uma visão do Direito em comandos (assegurados por ameaças e obedecidos por hábito, num cenário de soberanos que somente mandam e súditos que somente obedecem), para estabelecer as noções de normatividade e obrigação. Para o jurista inglês, as regras determinam a obediência, não um simples hábito, que pode gerar problemas por ele apontados: Permanência das leis após a deposição do soberano, a continuidade do poder (paradoxo do soberano sucessor) e a legitimidade da obediência ao soberano.

Além disso, Hart apresenta importantes distinções terminológicas, capazes de modificar todo o entendimento dessa teoria, como é a diferença entre o “ser obrigado a” e o “ter obrigação de”. O primeiro implica dizer que alguém foi obrigado a fazer alguma coisa, impelido por uma ameaça forte o bastante para obrigá-lo a fazer algo contra sua vontade. Por outro lado, o segundo se traduz na ideia de se ter um dever, independentemente da existência de uma ameaça ou da necessidade de cumprimento dessa obrigação.

Por fim, nesse trabalho mereceu destaque o sistema elaborado por Hart de uma sociedade regida por regras primárias e secundárias, amparadas sob uma regra de reconhecimento que as justifica, sendo essa a regra última desse sistema, “[...] uma convenção entre os funcionários do sistema, responsáveis pela aplicação do Direito, a partir da qual estes aceitam e aplicam os padrões e os critérios que pautam o funcionamento do sistema jurídico.” (STRECK, 2018, p. 896).

## REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. London: John Murray, Albemarle Street, 1832

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo: o que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, [s.l.], v. 1, n. 20, p.307-327, 2015.

COELHO, André Luiz Souza. *Um Sistema de Regras Primárias e Regras Secundárias: Exposição do Argumento de Hart em “O Conceito de Direito”*. 2011. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/search?q=hart>>. Acesso em: 03 fev. 2020.

DANTAS, David Diniz. Entrevista de Herbert Hart e Ronald Dworkin. Revista Sapere Aude, [S. l.], v. 7, n. 2, p.1-18, 2014.

HART, Herbert Lionel Aldophus. O conceito de direito. Trad. por Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HART, Herbert Lionel Aldophus. O conceito de direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>. Acesso em: 03/09/2019.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; LOBO, Júlio César Matias; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. O positivismo jurídico foi superado no neoconstitucionalismo? Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, [S. l.], v. 3, n. 10, p.348-361, 2018.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. As várias lições de H. L. A. Hart. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARTINS, Guilherme Madeira. O Ponto de Vista Interno e o Conceito de Direito. 2012. 88 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

SIFUENTES, Francisco Mora. Biografía mínima de H. L. A. Hart. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, [s.l.], v. -, n. 9, p.337-364, 2017

STRECK, Lenio Luiz. O que é positivismo, afinal? E qual positivismo?. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 23, n. 3, p. 890-902, dez. 2018. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13745>>. Acesso em: 03 set. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Que maldição estaria por trás da interpretação do direito em Kelsen? 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-13/senso-incomum-maldicao-estaria-interpretacao-direito-kelsen>>. Acesso em: 03 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p.54-87, 2018

STRECK. Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

Capítulo

# 16



## **Semântica dos mundos possíveis de Kripke**

---

Diego Marques da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.146.16

## RESUMO

A pesquisa foi baseada nas leituras da primeira e da segunda conferência presentes na obra “Naming and Necessity” (Kripke, 1971) e de outras obras afins que contribuíram para a elucidação do objeto de estudo (Soames, 2002). A semântica de Kripke foi uma das mais importantes interpretações semânticas da lógica modal e que serviu de suporte e instrumento linguístico para outras construções semânticas no âmbito das lógicas não clássicas e também da teoria da referência direta.

**Palavras-chave:** semântica intencional para microfísica. semântica dos mundos possíveis. designadores rígidos.

## INTRODUÇÃO

A semântica dos mundos possíveis gerou uma das mais importantes famílias de modelos semânticos em lógica modal, sobretudo, graças ao trabalho de Kripke, Montague, Hintikka e outros. Mas a história de mundos possíveis está ligada também a um número de filósofos anteriores bem conhecidos, como Carnap, Leibniz, Quine Ruth Barcan Marcus, C.I. Lewis e outros. Nessa semântica, os operadores lógicos de necessidade e possibilidade, ou seja, operadores da lógica modal, foram introduzidos, pela primeira vez, no final da década de 1950, a partir do trabalho de Saul Kripke e seus colegas.

Contudo, somente em 1972, o filósofo foi capaz de provar que uma semântica completa das modalidades pode ser obtida pela semântica dos mundos possíveis. (Golblatt, 2006). Kripke criou a semântica dos mundos possíveis baseada em uma relação de acessibilidade entre os mundos, na qual um enunciado na lógica modal é dito possível se é verdade em pelo menos um mundo possível; e um enunciado na lógica modal é dito necessário se é verdade em todos os mundos possíveis. As relações de acessibilidade são cruciais para a construção da semântica dos mundos possíveis. (HAACK, 2002).

O presente projeto de Iniciação científica se enquadra em temas recentes nas áreas de lógica, filosofia analítica, filosofia da linguagem e epistemologia. O estudo da semântica dos mundos possíveis de Kripke é relevante, pois por meio das relações de acessibilidades entre mundos possíveis e os designadores, isto é, termos que não mudam o seu referente de mundo para mundo, podemos representar e interpretar outras categorias naturais, como os objetos da microfísica, os quais estão em consonância com aspectos da investigação do projeto de pesquisa. Pretendemos com essa pesquisa compreender a estrutura fundamental da interpretação dada aos objetos e nomes nessa semântica. Tal compreensão e explicitação são fundamentais para a construção de uma semântica intencional para a microfísica como se almeja no projeto da professora pesquisadora.

## **OBJETIVO**

### **Objetivo Geral**

- Pesquisar e refletir sobre a construção da Semântica dos Mundos Possíveis de Kripke.

### **Objetivos específicos**

- Expor, comentar e analisar os principais aspectos da semântica dos mundos possíveis de Saul

Kripke, bem como assimilar e relacionar as interpretações dos nomes e objetos desta semântica aos objetos da microfísica.

## **MATERIAL E MÉTODOS**

A pesquisa se propõe a trabalhar no âmbito teórico da Filosofia. A metodologia utilizada na pesquisa será com base na leitura e análise crítica das referências bibliográficas apresentadas neste plano de trabalho bem como outras relacionadas ao tema da pesquisa.

Serão requeridos pela professora encontros semanais, seminários quinzenais e relatórios parciais como método de acompanhamento dos estudos. E, ao final da pesquisa, a produção acadêmica individual e/ou do grupo poderá dar origem a artigos que contribuam para uma maior compreensão de construções semânticas.

Em suma, a pesquisa será desenvolvida através dos seguintes recursos:

- a) Levantamento do material bibliográfico;
- b) Leitura, análise e discussão do material bibliográfico;
- c) Elaboração de fichas de leitura;
- d) Apresentação de seminários e
- d) Redação de relatórios a fim de serem produzidos textos de relevância acadêmica.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

Saul Kripke foi um dos mais influentes filósofos analíticos da contemporaneidade. A sua principal obra é “Naming and Necessity”, na qual ele critica o descritivismo, explicação então mais aceita para a função referencial dos nomes próprios e apresenta seu próprio entendimento sobre o assunto. Kripke é conhecido como um lógico brilhante, devido suas publicações referentes a lógica modal, lógica intuitiva e teoria da recursão.

Durante a sua adolescência, nos anos cinquenta, Kripke já se interessava pela lógica modal, a lógica do necessário e do possível, a qual procura formalizar o raciocínio acerca das relações entre a maneira como as coisas são, a maneira como elas têm de ser e as diferentes maneiras como poderiam ser. Kripke começou a estudar Licenciatura em Matemática aos 18

anos, na Universidade de Harvard, quando conseguiu publicar, no prestigiado *Journal of Symbolic Logic*, um artigo com uma demonstração de completude para a lógica modal.

Essa lógica tratava-se de um ramo da lógica matemática moderna que estava naquele preciso momento a desenvolver-se, acompanhado de uma grande discussão filosófica a respeito de interpretações dos sistemas formais propostos.

Uma ideia comum sobre o significado é que as palavras e as expressões linguísticas mais complexas são detentoras de significado porque representam coisas no mundo. Pode-se dizer que o substantivo, por exemplo, é uma classe gramatical que dá nome aos seres. Não obstante, diante desse entendimento, percebe-se que essa definição de significado é limitada, uma vez que poucas palavras representam efetivamente as coisas do mundo.

Sobre isso afirma (LYCAN, 2008, 55):

Há uma explicação atraente e de senso comum de todos os factos anteriores — tão atraente que as pessoas, na sua maior parte, pensam nela quando têm por volta de dez ou onze anos. A ideia é que as expressões linguísticas têm os significados que têm porque representam coisas; o que significam é o que representam.

Diante da citação de Lycan as palavras são como etiquetas, ou seja, são símbolos dotados de representação, em que designam, nomeiam, denotam ou referem itens no mundo. O nome “cachorro”, por exemplo, refere-se ao cachorro, tal como a palavra inglesa “dog” e a palavra espanhola “perro”. Sendo assim, a frase “O cachorro sentou-se no tapete” representa o sentar-se de um dado cachorro num dado tapete, presumivelmente em virtude de “o cachorro” designar esse cachorro, “tapete” designar o tapete em questão e “sentou-se no” denotar uma relação binária.

Dessa forma as frases denotam os estados de coisas que descrevem, e é desse modo que significam essas coisas. Na sua maior parte, as palavras estão relacionadas às coisas que se referem; alguém decidiu simplesmente que a palavra “cachorro” é cachorro, entretanto, poderia ter sido usada para significar qualquer coisa. Esta teoria referencial do significado linguístico explicaria o significado de todas as expressões em termos de terem sido convencionalmente associadas a coisas ou estados de coisas do mundo.

Sobre isso, salienta (LYCAN, 2008, p. 72) “É uma perspectiva natural e apelativa. Na verdade, pode parecer obviamente correta, pelo menos até ver. E seria muito difícil negar que a referência ou nomeação é a relação mais clara e familiar entre uma palavra e o mundo”.

Entretanto, Lycan reconhece também que a teoria da referência enfrenta algumas objeções que devem ser levadas em consideração, a saber:

1. Nem todas as palavras nomeiam ou denotam um objeto efetivo, uma vez que temos nomes de coisas que não existem, por exemplo: unicórnio. Na verdade, não denota coisa alguma, já que não existe cavalos com chifres que esse nome possa denotar.
2. Os pronomes de quantificação, por exemplo: ninguém viu a Maria. Não se poderia tomar ninguém como um nome.
3. Palavras que caracterizam, por exemplo: Caio é Gordo, embora Caio nomeie uma pessoa, o que nomeia ou denota gordo? Não é com certeza um indivíduo. Ao invés descreve-o, caracteriza-o.

4. Há palavras que são gramaticalmente substantivos, mas que intuitivamente não nomeiam nem coisas individuais nem tipos de coisas — nem sequer “coisas” inexistentes ou itens abstratos como qualidades. Quine (1960) dá os exemplos de “prol”, “bel” e “mor.”, como exemplo: faz-se algo por mor da liberdade; mas um mor não é uma coisa nem um tipo de coisa. Apesar de serem substantivos, palavras como estas certamente não são dotadas de significado por referirem tipos particulares de objeto.

5. Uma frase é uma sequência de nomes, porém essa sequência de palavras, muitas vezes, pode não dizer nada. Exemplo disso: Carlos Macedo Silva Campos.

6. Quando se diz Caio gordura. Para lhe dar um significado sujeito-predicado normal seria necessário inserir um verbo para que se tenha sentido.

Parece que devemos concluir que tem de haver pelo menos uma maneira de uma expressão ser dotada de significado que não em virtude de nomear algo, aplicando-se isto até possivelmente a algumas expressões que realmente nomeiam coisas. Kripke, entretanto, propõe a distinção de duas versões dos nomes próprios, segundo a sua teoria da referência. Por um lado, os nomes próprios têm os mesmos significados que as descrições que os falantes associam a eles. Por outro, ainda que os nomes possam não ser sinônimos das descrições, o referente de um nome próprio  $x$ , quando usado por um falante num dado instante, é determinado, como questão de regra linguística, como sendo um e único objeto que satisfaz as descrições associadas a  $x$  pelo falante naquele instante.

Diante disso, Soames (2002) afirma que a primeira versão da teoria descritivista é entendida como implicando a segunda. A primeira tese sobre os nomes, refere-se quando o significado de um nome  $x$  (para um falante num dado momento) é dado por uma descrição, uma conjunção de descrições, ou um agregado de descrições  $Y$  que o falante associa a  $x$ . Desse modo, se  $y$  dá o significado a  $x$  dessa forma a substituição de um pelo outro preservaria tanto o significado quanto a proposição expressa. A segunda tese é quando referente de um nome  $x$  (para um falante num dado momento) é semanticamente fixado (determinado) por uma descrição, uma conjunção de descrições, ou um agregado de descrições  $y$  que o falante associa a  $n$  naquele instante. Se  $y$  fixa o referente de  $x$ , então:

5. O falante acredita que  $D$  se aplica a um único indivíduo;
6. Se  $D$  se aplica a um único indivíduo  $o$ , então  $o$  é o referente de  $n$ ;
7. Se  $D$  não se aplica a um único indivíduo, então  $n$  não tem referente.
8. O falante sabe (é capaz de saber) a priori que se  $n$  existe, então  $n$  é  $D$  expressa uma verdade.

Diante disso, Kripke oferece um argumento que vai de encontro a primeira tese, o qual ficou conhecido como o argumento modal. (SOAMES, 2002) aborda como exemplo: seja  $x$  o nome de Aristóteles. Sejam (1-8) candidatos à descrição  $y$  que dá o significado do nome.

1. O fundador da lógica formal
2. O maior aluno de Platão
3. O professor de Alexandre

4. O famoso filósofo grego nomeado “Aristóteles”
5. O último grande filósofo da antiguidade
6. A conjunção de 1-5
7. A conjunção de todas as descrições que o falante associa a n
8. Um agregado de descrições, incluindo 1-5, que o falante associa a n

A obra “Naming and Necessity” é a transcrição de três palestras, ministradas por Kripke, na Universidade de Princeton, nos Estados Unidos, em janeiro de 1970. Trata-se de um texto de aula em que o autor trata de semântica modal, elementos de epistemologia e filosofia da mente.

Os temas não se limitam em todas as suas peculiaridades em sua obra, pelo contrário enseja questionamentos cuja importância se perceberá nos anos seguintes, quando a obra se torna uma referência em filosofia analítica da linguagem de âmbito mundial. Nesta obra Kripke aborda o conceito de mundo possível e a forma pela qual ele demonstra é através da relação de acessibilidade.

Para Kripke, mundo possível trata-se de um instrumento teórico que permite regular o discurso modal, do possível e necessário, que é complexo e deficitário, pois se tratava de um terreno fértil para a propagação de ambiguidades. Sob essa perspectiva, percebe-se que o uso que Kripke faz dos operadores modais é mais lógico e conceitual do que, meramente metafísico.

Assim, a semântica de Kripke passou a se constituir em instrumento de interpretação do valor de verdade de sentenças modais. Kripke criou a semântica dos mundos possíveis apoiado na ideia de relação de acessibilidade entre os mundos. Um mundo está numa relação de acessibilidade com outro se e somente se o primeiro for possível a este. (Kripke, 2012, p. 58). Ele propõe, então, que o conceito de mundos possíveis seja compreendido como um “estado ou história possível do mundo” ou “situação contrafactual”. Sobre isso ele ainda ressalta:

(...) Quando fazíamos estes exercícios escolares de probabilidade, estávamos de facto a tomar conhecimento em tenra idade, de um conjunto de mundos possíveis (em miniatura). Os trinta e seis estados possíveis dos dados são literalmente trinta e seis (mundos possíveis), se ignorarmos (ficticiamente) tudo o que há no mundo que não seja os dois dados e o que eles mostram e ignoramos o facto de que os dados- um deles ou ambos- poderiam não ter existido. Só um destes minimundos-a corresponder como os dados de facto saem- é o mundo atual, mas os outros também nos interessam quando perguntamos quão provável ou improvável foi ou irá ser o resultado real. (KRIPKE, 2012, p. 58).

Assim, percebe-se que Kripke faz considerações que orbitam em torno de situações contrafactuais que dão origem ao compromisso com a existência de entidades, desde que, para fins filosóficos, estas entidades sejam tomadas como abstratas. (KRIPKE, 2012, p. 61). Sobre a situação contrafactual ainda afirma Kripke: “(...) a situação contrafactual poderia ser entendida como um minimundo ou um miniestado, limitado aos aspectos do mundo relevantes para o problema em questão.” (KRIPKE, 2012, p. 61).

Assim, para (Kripke, 2012, p. 60-61):

Entende que os mundos possíveis são pouco mais do que os minimundos do exercício de probabilidades em grande escala. Uma vez que a versão geral envolve problemas que a versão em miniatura não envolve. Os Mundos em miniaturas estão firmemente controlados, no que respeita os objetos envolvidos (os dados). Os mundos possíveis são maneiras como o mundo poderia ser total ou estado ou histórias do mundo todo.

Destarte, diante do que foi explanado, pode-se concluir que mundos alternativos são possíveis dado que sujeitos, no mundo atual, sempre podem, diante de um estado de coisas a respeito de um objeto ou indivíduo, questionar e refletir sobre o que poderia ter acontecido se as coisas pudessem ter ocorrido de determinada maneira.

## REFERÊNCIAS

GOLBLATT, R. (2006) "Mathematical modal logic: a view of its evolution" in D.M. Gabbay and J. Woods (eds), *Logic and the modalities in the Twentieth Century*, Volume 7 of the *Handbook of the history of logic*, Elsevier, Amsterdam, pp 1-98.

LYCAN, William G. *Philosophy of Language: a Contemporary Introduction*. New York and London: Routledge, 2ed, 2008.

Kripke, S. (1972). "Naming and Necessity" in A. P. Martinich (org.), *The Philosophy of Language*. New York: Oxford University Press, 4ed. 2001, 272-287.

KRIPKE, S. "O nomear e a necessidade". Trad. Ricardo Santos e Teresa Filipe. Lisboa: Gradiva, 2012

HAACK, Susan. *Filosofia da Lógica*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araujo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.

PENCO, Carlo. *Introdução à Filosofia da Linguagem*. Trad. Ephraim F. Alves. Petropolis, RJ; Vozes, 2006.

SOAMES, Scott. "Names, Essence, and Possibility". *Philosophical Analysis in Twentieth Century*, vol. 2: *The Age of Meaning*. Princeton University Press, 2002. Capítulo 14.

# Organizadora

## **Fernanda Miler Lima Pinto**

Doutoranda em Ciências Sociais na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Possui especialização em Direito Penal (FDDJ), em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UNINTER), em Metodologia do Ensino na Educação Superior (UNINTER) e em Diplomacia, Políticas Públicas e Cooperação Internacional (UNINTER). Advogada OAB-MA.

# Índice Remissivo

## A

*acervo* 170, 171, 172, 175, 177  
*acessibilidade* 101, 103, 105, 106  
*acidente* 12, 14, 15, 20, 25  
*aeroporto* 10, 109, 110, 112, 115, 116  
*ambientais* 10, 55, 57, 59, 61, 62, 63, 64  
*ambiente* 56, 60, 61, 62, 63, 64  
*análise* 11, 12, 13, 20, 24  
*animais* 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167  
*arquitetura* 96, 97, 98, 101, 106

## B

*banalidade* 66, 69, 70, 71, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81  
*big data* 146

## C

*cadáveres* 124, 127, 130, 131, 133  
*código civil* 12  
*comportamento* 145, 150, 152  
*comunicação* 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106  
*comunidade* 197, 199, 201  
*cookies* 146, 147, 148, 149, 150, 151  
*Cookies* 145, 147, 148  
*crimes ambientais* 10, 55, 59, 61, 62, 63, 64  
*cultura* 97, 98, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 108  
*cultural* 10, 96, 97, 98, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 108

## D

*dano* 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38  
*delito* 123, 125, 126, 127  
*democracia* 137, 140, 141, 142, 146  
*desinformação* 10, 136, 137, 138, 140  
*digital* 170, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 178  
*dignidade* 43, 49, 51, 52  
*direito* 10, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 97,

98, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 156, 158,  
159, 161, 164, 166, 167

*direito administrativo* 180, 181, 188, 190, 191, 192

*direito econômico* 179, 180, 181, 190, 191, 192, 193

*direito penal* 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63

*direitos* 10, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94,  
123, 124, 125, 130, 131, 134, 145, 146, 149, 151,  
152, 153

*direitos da personalidade* 10, 145, 146, 151

*direitos dos passageiros* 82, 83, 84, 86, 88, 89, 92, 93

*direitos humanos* 123, 124, 131, 134

*documental* 97, 98

*drogas* 109, 110, 111, 112, 114, 116, 118, 120

## E

*efetivação de direitos* 83, 84, 90

*entorpecentes* 110, 111, 118, 119, 120

*estado* 14, 27, 36, 38

*extrapatrimonial* 12, 18, 19, 20, 23

## F

*fake news* 137, 138, 140, 142

*fake News* 10, 138

*Fake News* 136, 137

## G

*gênero* 27, 29, 30, 31, 35

## H

*herança* 170, 171, 172, 173, 175, 176, 177

## I

*identificação* 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131,  
133, 134, 135

*imperativismo* 195, 196, 197, 199, 204  
*indenização* 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24  
*inquérito* 123, 124, 125, 126, 127, 130, 131, 132, 134, 135  
*insignificância* 55, 56, 59, 60, 61, 62, 64  
*instrumento* 207, 211  
*inteligência artificial* 10, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 146  
*internet* 145, 146, 151, 152, 153

## J

*judiciário* 43, 44, 49, 50, 51, 54  
*juízo* 123, 127  
*jurídica* 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167

## L

*legislativo* 156, 162, 163, 165  
*lógicas* 207

## M

*mal* 65, 66, 69, 70, 71, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81  
*meio ambiente* 56, 60, 61, 62, 63, 64  
*mercados* 180, 185  
*mulher* 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 38, 40, 41  
*mulheres* 27, 28, 29, 30, 31, 38, 40, 41

## N

*não-humanos* 156, 157, 158, 161, 162, 164, 165  
*narcotráfico* 110, 111, 112, 114, 115, 116, 120, 121  
*natureza* 156, 157, 161, 162, 163, 164, 167  
*neutralidade* 136, 140, 141, 143  
*normatização* 13

## O

*obediência* 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80

*obstétrica* 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41

## P

*passageiros* 10, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94

*patrimônio* 97, 98, 101, 105, 108

*pensamento* 70, 71, 72, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81

*personificação* 156, 158, 163, 164

*pesquisa* 97, 98, 180

*peças* 10, 122, 123, 126, 130, 131, 134

*poder judiciário* 43, 44, 49, 50, 51

*policial* 122, 123, 124, 125, 126, 127, 130, 131, 132, 134, 135

*positivismo jurídico* 10, 195, 196, 203, 204, 205

*praças* 96, 97, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106

*prédios públicos* 96, 97, 98, 101, 102, 103, 104, 105, 106

*preocupação* 170

*prevenção* 122, 131

*princípio* 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64

*psicológico* 13, 21, 26, 27, 29, 35, 36

## R

*rastreamento* 145, 146, 148, 149, 150, 151, 152

*redes sociais* 170, 171, 173, 174

*reflexo* 12, 13, 16, 17, 19, 20, 23, 24

*reforma* 179, 180, 181, 187, 188, 189, 191, 192, 193, 194

*repressão* 110, 115, 120

*responsabilidade* 5, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 76, 77, 78, 79, 81

*responsabilidade civil* 12, 14, 15, 16, 20, 22, 23, 25, 27, 28, 31, 32, 33, 37, 39, 41

*responsabilidade estatal* 26, 30, 31, 32, 34, 35

*ricochete* 12, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24

## S

*saúde* 10, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 97

*segurança pública* 123, 125

*semântica* 207, 208, 211

*sistema* 5

*sistema jurídico* 200, 201, 202, 203, 204

*sociedade* 110, 111, 120

*socioafetiva* 12

## T

*tecnológico* 156, 158, 166

*tráfico* 10, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 118, 120, 122, 123, 130, 131, 134

*transporte* 112, 113, 114, 116

*transporte aéreo* 10, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94

## U

*urbano* 96, 97, 98, 100, 101, 104, 105, 106

## V

*violência* 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 41

