

# RBPJL

Revista Brasileira de Prática Jurídica



REVISTA BRASILEIRA DE  
PRÁTICA JURÍDICA

n.3 – out. 2022



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**Divisão de Assistência Judiciária Prof. Paulo Edson de Sousa**

# **REVISTA BRASILEIRA DE PRÁTICA JURÍDICA**

ISSN: 2675-7516

---

Revista Brasileira de Prática Jurídica | Belo Horizonte | n. 3 | pp. 1-130 | out. 2022

---

2022 REVISTA BRASILEIRA DE PRÁTICA JURÍDICA

*Formato digital*

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

Esta revista encontra-se disponível em: <https://rbpj.direito.ufmg.br>

Revista Brasileira de Prática Jurídica [recurso eletrônico] =  
Brazilian Journal of Legal Practice / FDCE - UFMG, Divisão de Assistência  
Judiciária, DAJ-UFMG – n. 3 (out. 2022) - . -  
Dados eletrônicos. – Belo Horizonte, MG : UFMG, 2022- .

Periodicidade: Anual

Modo de acesso: <<https://rbpj.direito.ufmg.br>>

Texto em inglês e português

1 – Direito. 2 – Prática Jurídica – Periódicos – Divisão de Assistência  
Judiciária – Faculdade de Direito da UFMG.

CDU – 34 (05)

CDU – 340.005

Capa: *Gabriel Fernando Santiago de Souza*

DIVISÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PROF. PAULO EDSON DE SOUSA  
FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

Av. João Pinheiro, 100 – 7º andar

CEP 30130-180 – Belo Horizonte – MG – Brasil

Tel: (31) 3409-8667

<https://rbpj.direito.ufmg.br>

[revistadajufmg@gmail.com](mailto:revistadajufmg@gmail.com)

# REVISTA BRASILEIRA DE PRÁTICA JURÍDICA

Divisão de Assistência Judiciária Prof. Paulo Edson de Sousa

## DIRETORA DA DAJ

*Profa. Dra. Renata Vieira Maia*

## VICE-DIRETOR DA DAJ

*Prof. Dr. Júlio César Faria Zini*

## DIRETOR ADJUNTO DA DAJ

*Ryan Emmanuel do Carmo Cruz*

## VICE-DIRETOR ADJUNTO DA DAJ

*Paulo Vinícius de Resende*

## EDITORA RESPONSÁVEL

*Profa. Dra. Mônica Sette Lopes (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)*

## CONSELHO EDITORIAL

*Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)*

*Profa. Dra. Camila Silva Nicácio (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)*

*Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)*

*Prof. Dr. Gustavo Siqueira Silveira (Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ - Brasil)*

*Profa. Dra. Juliana Cordeiro de Faria (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)*

*Profa. Dra. Misabel Abreu Machado Derzi (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)*

## COMISSÃO EXECUTIVA

*Ana Luíza Braga Guatimosim (Bacharela e Mestra em Direito pela UFMG - Belo Horizonte, MG - Brasil)*

*Ezequiel Gonçalves Andrade (Graduando em Direito pela UFMG - Belo Horizonte, MG - Brasil)*

*João Pedro Esteves de Oliveira (Graduando em Direito pela UFMG - Belo Horizonte, MG - Brasil)*

*Samuel Almeida Fernandes (Graduando em Direito pela UFMG - Belo Horizonte, MG - Brasil)*

## COLABORADORES

*Equipe de Informática da Faculdade de Direito da UFMG*

# Sumário

## Editorial

*Mônica Sette Lopes*.....6

## Artigos

Da lembrança à autonomia: o dever de respeito à memória como forma de tutela da pessoa.....8

*André Maciel Silva Ferreira*

O direito penal nos contos de fadas: uma análise do conto “A Bela Adormecida” .....34

*Nadja de Paula dos Santos*

A Seletividade Criminalizante de Zaffaroni Aplicada ao Homicídio por Auto de Resistência.....53

*Ana Júlia Dayrell Ferreira*

O reflexo do estado de vulnerabilidade: a coculpabilidade como via para mitigar a seletividade do direito penal..... 67

*Daniele Pabline Sousa Costa*

*Edwiges Carvalho Gomes*

*João Pedro Fideles de Deus e Silva*

A contribuição do conciliador nos Juizados Especiais Criminais.....90

*Ana Clara Fernandes do Prado*

*Cynara Slide Mesquita Veloso*

*Gabriela Maria Ramalho Lopes*

A interpretação do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o conceito de “resíduo”.....103

*Fernanda Alves de Carvalho*

Notice and take down: ponderações sobre o sistema.....118

*Igor Carvalho Ulhôa Faria*

## APRESENTAÇÃO

Chegamos ao número 3 da RBPJ: Revista Brasileira de Prática Jurídica, produzida pela DAJ – Divisão de Assistência Judiciária Prof. Paulo Edson de Sousa da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

O volume ainda condensa produção do período da pandemia, avançando pelos anos de 2021/2022.

A variedade temática dos artigos que compõem esta edição representa o que há de mais viçoso na vocação da RBPJ: constituir um espaço aberto para o exercício da escrita que consigne a pesquisa dos jovens e das jovens vindos de vários centros de formação em direito.

Não se deve exigir que os artigos agrupados numa revista forneçam solução para os problemas do mundo, para os conflitos do mundo (os já existentes, os que ainda não divisamos). O melhor é que eles formulem indagações e levem os leitores para a curiosidade do muito que sempre há a aprender. A ideia de prática dos processos de aplicação do direito, ou seja, da prática jurídica lança-se na miscelânea das propostas acolhidas como essa dimensão fundamental da dúvida epistemológica.

Qual é o papel da memória na interpretação da situação jurídica de pessoas já falecidas? De que modo a trama dos contos de fada pode ser revista no Código Penal Brasileiro? A estereotipagem e os preconceitos raciais e de classe são relevantes nas ocorrências de homicídios por auto de resistência? A circunstâncias sociais concretas podem e/ou devem ser consideradas na dosimetria da pena? Qual é a contribuição do conciliador nos juizados especiais criminais? Qual é a interpretação do conceito de *resíduo* no Tribunal de Justiça da União Europeia? Como se situa a responsabilidade do autor por conteúdo disponibilizado por terceiro na internet?

Em *Impurezas do branco*, Carlos Drummond de Andrade traz um poema chamado *Declaração em juízo*. Ele se apresenta como um sobrevivente deixado a si mesmo, “perplexo, desentranhado”. E termina desesperançado prevendo que “tudo se resolva sem escândalo / ante a justiça indiferente”: “Acabo de notar, sem surpresa:/ não importa que um sobrevivente / venha contar seu caso, defender-se/ ou acusar-se, é tudo a mesma/ nenhuma coisa, e branca.” (ANDRADE, Carlos Drummond. *As impurezas do branco*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1974, p. 26-29).

Talvez as reflexões do sobrevivente drummondiano não sejam as melhores para expressar a alegria de ver mais um número da RBPJ aberto ao acesso dos leitores e das

## *Apresentação*

leitoras. Mas é que a certeza de que tudo é diferente, de que nada é a mesma coisa só pode ser demonstrada quando se começa com o surpreendente das perguntas e se termina com o irrespondível da vida traduzida em relato. Acreditar nas promessas da escrita dos jovens e das jovens nesta Revista é o que justifica a esperança numa justiça que pontua a diferença na construção sempiterna da igualdade entre os seres humanos. Numa justiça que não nos deixe isolados em nós mesmos, mas que nos congregue uns(umas) aos(às) outras por meio dessa coisa tão humana e sempre por fazer que é o direito.

Boa leitura. E que venham as outras edições.

*Profa. Mônica Sette Lopes*

*Diretora-Editora*

# DA LEMBRANÇA À AUTONOMIA: O DEVER DE RESPEITO À MEMÓRIA COMO FORMA DE TUTELA DA PESSOA

## *FROM REMEMBRANCE TO AUTONOMY: THE DUTY TO RESPECT MEMORY AS A FORM OF PERSONHOOD PROTECTION*

*André Maciel Silva Ferreira<sup>1</sup>*

### **Resumo**

As conexões entre memória e identidade pessoal destacam a forma pela qual a existência de uma pessoa impacta o ambiente social na qual se insere e as relações formadas com os demais membros de uma comunidade. Mesmo com a morte de um sujeito, a memória de si permanece por meio das lembranças que são perpetuadas pelas pessoas vivas. Tal memória pode, todavia, ser lesionada, por meio de condutas que afetem tanto a pessoa falecida quanto as lembranças que os vivos têm dela. O presente artigo busca compreender se a existência de um dever de respeito à memória pode servir como base para a tutela jurídica dessas lembranças, evitando lesões à personalidade, seja do morto, seja dos que permanecem vivos. Para responder a essa indagação, a pesquisa, que se afirma como teórica e se insere no tipo jurídico-exploratório – adotando perspectiva interdisciplinar –, investiga a formulação de um dever de respeito à memória no campo da moral e a transposição de seu conteúdo para a seara da tutela jurídica. A conclusão a que se chega é que autonomia privada, entendida enquanto campo de proteção da escolha ético-existencial do projeto de vida de um indivíduo, pode servir como porta de entrada para a configuração de um dever jurídico de respeito à memória, inserido no campo dos direitos da personalidade póstumos.

**Palavras-chave:** Lembrança. Memória. Autonomia. Personalidade.

### **Abstract**

The connections between memory and personal identity demonstrate how a person's existence impacts the social environment and shapes the relations that are formed with the members of a particular community. Even with a subject's death, its memory remains through each person's remembrance. This memory, however, can suffer damages due to actions that affect both the dead person and those living that make use of those acts of remembrance. The focus of the paper is to comprehend if a duty to respect one's memory can be used as a basis for a juridical protection of these acts of remembrance, avoiding damages to the dead person's (or the living's) personhood rights. In order to achieve such aims, the research, which adopts a theoretical position and is interdisciplinary in its approach, investigates a way of understanding a moral claim to respect one's memory and how it can be translated into a juridical conception. The conclusion reached is that private autonomy, when understood as a locus of protection of a person's ethical determination of a life project, can be used so that the moral duty to respect one's memory also takes on a juridical facet, via post mortem personhood rights.

**Keywords:** Remembrance. Memory. Autonomy. Personhood.

---

<sup>1</sup> Bacharel e Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Endereço eletrônico: [amsjj.ferreira@gmail.com](mailto:amsjj.ferreira@gmail.com).

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo de 30 anos, o artista Arthur Bispo do Rosário trabalhou no que considerava sua obra prima, o Manto da Apresentação, objeto que coroava sua arte ritualística, que remetia às práticas de tempos antigos e de contextos de civilizações primitivas. Era, com isso, seu desejo ser enterrado vestido com sua manta, como forma de aproximá-lo, pela última vez, do propósito de sua arte voltada para a performance. No entanto, após sua morte, o Manto passou a adornar as paredes do Museu Bispo do Rosário de Arte Contemporânea (DANTAS, 2016, p. 64).

Em outro contexto, o Superior Tribunal de Justiça julgou recurso em que se discutia indenização devida à Glória Perez, em razão de o jornal “O Dia” ter publicado, em oito diários seguidos, e contra sua expressa vontade, uma história romanceada sobre o crime de homicídio que vitimou sua filha Daniella Perez. As histórias estampavam fotografias de cenas românticas em que a filha contracenava, em cena de novela, com a pessoa que viria a cometer o crime. Na visão de Glória, isso daria ao público leitor a falsa impressão de que o relacionamento retratado nas fotos se estenderia à vida pessoal dos atores (BRASIL, 2001, p. 09), o que não seria condizente com a realidade vivenciada por sua filha.

Os casos ilustrados deixam, à primeira vista, uma impressão negativa no intérprete do direito e no estudioso do Direito Civil. Conquanto possa ser justificado o interesse cultural e artístico na obra de Arthur Bispo do Rosário ou o interesse na preservação da liberdade de imprensa do jornal O Dia, tais condutas ressoam, em perspectiva prefacial, como lesão à autonomia dos sujeitos e de desrespeito aos projetos de vida que estes construíram.

Além disso, os casos também despertam um forte sentimento moral conectado à necessidade de se preservar a memória daqueles que já faleceram e as lembranças das pessoas afetadas<sup>2</sup>. No caso de Arthur Bispo do Rosário, percebe-se certo grau de desrespeito ao seu projeto de vida, intimamente conectado ao propósito de sua arte, bem como ao tipo de memória que gostaria que fosse propagada com seu ato artístico final. No caso de Glória Perez e Daniella Perez, o sentimento moral negativo pode ser visto sob a perspectiva de ambas as envolvidas: enquanto a reprodução da imagem sem consentimento parece afetar a memória da falecida, ao mesmo tempo afeta os sentimentos conectados às lembranças que os vivos têm para com os mortos.

Nesse sentido, é preciso investigar se esse anseio de preservar a memória e a imagem

---

<sup>2</sup> A decisão do Superior Tribunal de Justiça chega a abordar tal fundamento, argumentando, de forma breve, que “[não] deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias”. BRASIL, 2001, p. 9.

das pessoas falecidas, enquanto possível configuração de um dever de lembrança e respeito para com esses, poderia assumir contornos que ultrapassam o campo da moral, adentrando na esfera de tutela jurídica. Não só isso, necessário averiguar como se daria a configuração desse dever na seara legal.

Para isso, será desenvolvida uma breve análise sobre o conteúdo desse dever moral de lembrança, de forma a entender o que justifica a sua existência e qual a delimitação mais adequada para seu entendimento. Será abordada, dessa forma, a obra de Jeffrey Blustein, *The Moral Demands of Memory*, que apresenta três argumentos pela existência de um imperativo moral de lembrança.

Em sequência, será investigada a importância da autonomia privada, principalmente em sua perspectiva dialógica-discursiva, partindo-se da teoria de Jürgen Habermas, examinando como essa perspectiva pode auxiliar em uma construção mais sofisticada do dever moral de lembrança.

Por fim, o trabalho irá investigar como o conceito de autonomia privada apresentado, em conjunto com os três argumentos para a existência dos deveres morais de lembrança, pode servir como porta de entrada para tais deveres no campo jurídico, objetivando a confirmação da hipótese de que a inserção dessa tutela no campo da proteção jurídica à pessoa humana, por meio dos direitos da personalidade *post mortem*, configura-se como adequada para os fins a que se propõe.

## 2 DEVERES MORAIS DE LEMBRANÇA

As maneiras pelas quais as pessoas expressam atitudes que configuram práticas direcionadas à lembrança daqueles que já faleceram depende, em grande parte, de como os relacionamentos que foram formados em vida são recepcionados em seu contexto social e são reconhecidos como valorosos pelos membros da comunidade.

Nesse sentido, a maneira pela qual a pessoa é lembrada não só representa uma valoração das condutas que o falecido tinha em vida, mas uma valorização de sua pessoa como um todo, que pode ser expressa por diversos mecanismos (BLUSTEIN, 2008, p. 269). A lembrança se torna parte integral do que constitui uma ética da memória ativamente construída e identificada como um sentimento ativo em relação ao passado<sup>3 4</sup>.

---

<sup>3</sup> Jeffrey Blustein (2008, p. 51) explica que uma memória só se torna uma lembrança quando deixa de se guiar por uma postura hipotética e potencial e assume caráter atual e concreto, ou seja, quando os sentimentos sobre o passado se tornam ativos. Não se encontra dentro do escopo desse trabalho trabalhar essa noção diferencial, de forma que memória e lembrança serão tomadas como termos intercambiáveis.

<sup>4</sup> Essa noção ativa em relação ao passado se coaduna com as três funções que Daniel Vieira Sarapu (2012, p. 253-273; p. 268) identifica como essenciais para a memória: em primeiro lugar, a memória promove a conexão

Lembrança e memória são, nesse sentido, dimensões de perpetuação da identidade de si e do outro; a formação da personalidade de cada um é impactada em grande medida pelas memórias que guarda de seu passado e as formas pelo qual esse passado se relaciona com os projetos existenciais para o futuro, da mesma forma que a lembrança do outro o faz constantemente presente na vivência cotidiana. A memória que cada um traz de si mesmo e dos outros que formam o seu grupo é, em grande medida, o que forma a nossa capacidade de interação social. Da mesma forma, lembrar do outro é garantir que sua existência foi composta de sentido e impactou a vida daquele que praticam o ato de lembrança.

Essa noção é capaz, por sua vez, de justificar a possibilidade de o morto ser, em alguma medida, lesado ou exaltado. Se não é apenas a postura de vida de uma pessoa que é considerada nas práticas de lembrança, mas a própria pessoa, em sua existência, há uma justificativa razoável para se dizer que, mesmo não sendo mais sujeito às experiências sensoriais, o morto ainda se encontra constituído no mundo, perpetuado por meio de sua inserção no ambiente moral presente (STOKES, 2011, p. 268), pelas pessoas vivas<sup>5</sup>. Dessa maneira, as sensações, emoções e ações direcionadas à pessoa falecida constituem a forma como se valoriza a sua existência e dela se recorda para momentos futuros.

A partir dessas considerações, Jeffrey Blustein (2008, p. 269) sustenta existir, em alguma medida, uma demanda de conexão, configurada como um imperativo moral de lembrança do ente falecido. Em seu livro *The Moral Demands of Memory*, investiga quais são os fundamentos dessa aversão ao esquecimento de entes queridos, e por qual razão se estaria descumprindo deveres morais caso assim as pessoas se comportassem.

Para isso, adota uma concepção aberta e polissêmica do que constituiria lembrança, podendo ser entendida em oposição à ideia de esquecimento<sup>6</sup>, como expressão de recolocação ou recontextualização das memórias sobre uma pessoa no mundo e de preservação das experiências e vivências passadas. O autor divide sua exposição em três argumentos distintos,

---

do indivíduo com o fenômeno da temporalidade, desenvolvendo uma relação biológica e socialmente necessária entre as dimensões do passado, presente e futuro; em segundo lugar, serve como forma de construção de identidade individual, ao inseri-lo em uma tradição de valores e símbolos sociais combinados com suas próprias experiências passadas; e, em terceiro lugar, serve para organizar a experiência de forma narrativa, “uma vez que é possível identificar que a constituição da memória possui um fio condutor responsável por alinhar a experiência temporalmente em uma estória marcada por episódios e acontecimentos” (2012, p. 213-214).

<sup>5</sup> Assim, como coloca Raimond Gaita (2005, p. 47), se torna muito natural dizer que a dessecração de um cadáver ou a difamação de alguém após a sua morte são circunstâncias que acontecem ao falecido, e que as pessoas em geral têm sensações que indicam que o mais afetado é o próprio morto. A autora exemplifica essa situação ao retratar como, na ocasião em que o corpo de Charles Chaplin foi furtado do cemitério, a sensação generalizada foi de simpatia com o próprio Charles Chaplin. Existiria, então, uma intuição natural de que uma situação de dano pode afetar o morto.

<sup>6</sup> Lembrança e esquecimento consistem precisamente em movimentos antagônicos da própria prática da memória.

que, no entanto, se completam e se interpenetram.

## 2.1 Visão do resgate quanto à insignificância

Em um primeiro momento, o argumento que denomina de “visão do resgate quanto à insignificância” (“*rescue from insignificance view*”) sustenta que o ato de lembrança constituiria o principal meio pelo qual uma pessoa superaria a finalidade de sua morte e lhe permitiria afirmar que o significado de sua existência não desapareceu (BLUSTEIN, 2008, p. 270).

Nesse sentido, a atribuição de significado à existência da pessoa falecida estaria em consonância com a visão normalmente adotada pelo conjunto de pessoas de que as atividades e condutas desempenhadas em vida devem ser levadas a sério e não serão simplesmente apagadas pelo passar do tempo (BLUSTEIN, 2008, p. 270).

Assim, o ato de lembrança ilustra a importância dada à vida, bem como lhe oferta significado – de comum atribuição à existência de cada pessoa –, o que deveria ser perpetuado, então, para o momento em que não se esteja mais presente. A garantia de sentido à existência de uma pessoa deriva, em grande parte, da força moral que provém de atos de lembrança.

Partindo do pressuposto de que é importante atribuir significado à vida de uma pessoa, extrai-se o princípio de que, se alguém merece reconhecimento, pelos membros da comunidade, de que existiu e teve significado, isso serviria como uma base moral para o imperativo de lembrar. Nesse sentido, a ideia de reconhecimento e significado pode ser tomada em um sentido fraco, de modo que, nada obstante não se exija a validação do modo de viver, seria necessário reconhecer que a pessoa viveu, assim como as demais, que ainda permanecem (BLUSTEIN, 2008, p. 271).

O que poderia justificar esse sentido fraco de significância é, na visão do autor, a ideia de dignidade de sua própria existência, no sentido de dar expressão pública e cultural ao fato de que a existência de uma pessoa pertence à existência de todas as outras pessoas igualmente consideradas.

Para justificar a utilização de um conceito tão amplo como dignidade, que pode ser tomado em diversos sentidos distintos, o autor chama atenção para o fato de que toda expressão de dignidade manifesta uma atitude humana que pode ser entendida como respeito. Diferentes bases de dignidade humana terão conotações distintas quanto ao que é devido a cada membro da comunidade, mas o sentido de respeito pode servir como local comum para a valoração do

ser humano como ser dotado de dignidade (BLUSTEIN, 2008, p. 272)<sup>7</sup>.

Assim, pela expressão de respeito à memória de uma pessoa, “nós correspondemos à dignidade de eles terem existido, com isso afirmando que suas vidas tinham um propósito que nem mesmo a morte pode reduzir à insignificância”<sup>8</sup> <sup>9</sup>. Mesmo que o respeito possa ser expressado por diversos meios, inclusive mais complexos, o ato de lembrança seria um conteúdo mínimo suficiente de veiculação dessa ideia.

## 2.2 Visão quanto aos deveres resistentes

Em sequência, o argumento da “visão quanto aos deveres resistentes” (“*enduring duties view*”) se diferencia do anterior quanto ao papel que é desempenhado pelos relacionamentos pessoais. Enquanto no primeiro a existência desses relacionamentos serviria como base para justificar um dever de resgate quanto à insignificância, neste os próprios relacionamentos são fonte de obrigações morais de lembrança.

Parte-se, nesse ponto, da premissa de que se têm deveres especiais para com as pessoas com as quais se têm relacionamentos próximos, dentre os quais deveres de amor e honra<sup>10</sup>. Tal pressuposto é sustentado pelo fato de que tais deveres engajam atitudes que são sensíveis à razão, de forma que padrões de amor e honra que as pessoas em geral reconhecem e respondem como valorosos poderiam servir como justificativas racionais para essas obrigações.

Se tais deveres existem, e se configuram na ordem moral, então a pessoa pode ser

---

<sup>7</sup> Assim apresenta John Kleinig (1991, p. 20-21), que entende o respeito como a ideia principal a ser associada e demonstrada frente a um ser digno, entendido este como aquele que exerce controle sobre aspectos essenciais da vida.

<sup>8</sup> No original: “*we respond to the dignity of their having existed, thereby affirming that their lives had a point that not even death can reduce to insignificance.*” BLUSTEIN, 2008, p. 272-273.

<sup>9</sup> James Stacey Taylor (2012, p. 59-62) é crítico quanto ao alcance do que se pode extrair desse resgate quanto à insignificância, entendendo que embora consiga justificar que existe uma norma de coerência racional em dizer que a lembrança diz sobre o valor da pessoa enquanto viva, não seria possível obter um dever moral apenas a partir desse raciocínio. Patrick Stokes (2015, p. 241) entende que é possível atingir tanto a coerência racional quanto o caráter de obrigação moral quando o dever de lembrança constitui não só uma atitude de reconhecimento, mas de preservação ontológica do morto. “Ao lembrar dos mortos, nós fazemos com que persistam em nosso mundo como pacientes morais, como objetos legítimos de deveres morais. Nós continuamos a tratá-los como pessoas que possuem argumentos em continuidade com aqueles que faziam enquanto ainda eram vivos: honrá-los, manter promessas feitas a eles, se abster de difamá-los ou de derrotar seus projetos existenciais, além de outros”. (No original: “*In remembering the dead, we cause them to continue to persist in our lifeworld as moral patients, as legitimate objects of moral duty. We continue to treat them as beings who make claims on that are continuous with those they made on us while they lived: honouring them, keeping promises made to them, refraining from slandering them or defeating their premortem projects, and so on.*”).

<sup>10</sup> Os deveres resistentes seriam, nesse sentido, prioritariamente restritos às pessoas com as quais se têm relacionamentos íntimos ou pessoais, mas o conteúdo desses deveres varia com a configuração individual de cada relacionamento. Deveres de amor e honra são, para o autor, performativos, de forma que consistem no comportamento consistente com aquele esperado por quem genuinamente “ama” ou “honra” o outro. BLUSTEIN, 2008, p. 274.

responsabilizada mesmo que o descumprimento de tais comandos nunca seja descoberto pelo outro. A violação do dever não é, nesses termos, sensível à relevância do descobrimento da violação pelo lesado, visto que o dano se efetivou independente de sua efetiva consciência.

A partir disso, é possível fazer a extrapolação de que a pessoa ainda pode ser responsabilizada mesmo que a falta com os deveres ocorra em uma situação em que o lesado nunca tenha condições de descobrir, como é o caso do *post mortem* (BLUSTEIN, 2008, p. 274).

O dever, nesse caso, não se configuraria em um dever para com o morto, mas um dever para quem a pessoa era, quando viva. Explica o autor:

A base para a tese sobre deveres resistentes é como segue: apesar do titular do correlato direito ter morrido, razões morais para se ter um dever para com o morto são tidas como implícitas pelas razões de se atribuir tal direito à pessoa quando esta ainda estava viva. Essas razões sobrevivem, enquanto o titular do direito não. Nessa análise, apesar da morte da pessoa abrir novas possibilidades para expressão de amor e honra e encerrar outras, o direito anteriormente fundamentado não se torna nulo e vazio de imediato, simplesmente porque a pessoa, estando morta, não pode mais ter a experiência de nossa preocupação<sup>11</sup>.

Nesse sentido, os deveres morais que são atribuídos às pessoas vivas serviriam como bases para deveres morais de lembrança, que podem assumir diversas configurações e explicações, baseadas na maneira como esses deveres poderiam e deveriam ser cumpridos à pessoa enquanto ainda viva. Esses deveres, no entanto, não se baseiam nos sentimentos experimentados na relação, mas pela própria existência desses relacionamentos.

O que se entende, então, por dever para com o vivo vai modificar, em nível individual e baseado no relacionamento em que este se baseia, o que pode ser entendido como um dever que resiste à morte. A permanência da existência de deveres para os vivos poderia justificar porque se têm obrigações de lembrança, mesmo que a nível individual possa não se ter o sentimento que se expressa por meio destas.

### 2.3 Visão de reciprocidade

O terceiro argumento, denominado de “visão de reciprocidade” (“*reciprocity view*”), é fundamentado nos interesses que indivíduos racionais podem compreender quando refletem sobre suas preocupações morais e sobre os laços de cooperação que tornam a vida social e

---

<sup>11</sup> No original: “*The basis for the claim of surviving duties is the following: although the bearer of the correlative right has died, moral reasons for having a duty toward the deceased are implied by the reasons for attributing the corresponding right to the person when he was alive. These reasons survive, though the bearer of the right does not. In this analysis, although the death of a person may open up new possibilities for the expression of love and honor and close off others, a formerly grounded duty does not suddenly become null and void merely because the person, being dead, can no longer experience our concern.*” BLUSTEIN, 2008, p. 274-275.

política possível (THOMPSON, 1999, p. 497).

O argumento se diferencia dos outros dois, pois neste a existência da imposição de deveres de lembrança aos sucessores - ao contrário do que acontece com o resgate quanto à insignificância e nos deveres resistentes, que não dependem da aceitação moral dos indivíduos - condiciona-se à legitimidade que se reconhece quanto à possibilidade de que esses deveres de lembrança também tenham sido impostos pelos antecessores daquela comunidade.

A ideia de reciprocidade se sustenta a partir da consideração de que a existência de uma pessoa deve ser definida não só pelas possibilidades que lhe são atribuídas por um futuro em aberto e não determinado, moldado a partir de seus próprios interesses, mas de desejos que esse mesmo indivíduo pode manifestar quando é confrontado com as contingências externas e inevitáveis que podem lhe ocorrer, como a velhice, a incapacidade e a morte (BLUSTEIN, 2008, p. 277).

A realização de que o rumo da vida não é em sua inteireza decidido pela própria pessoa permite o surgimento de desejos dirigidos à posteridade, que seriam compostos de vontades direcionadas “a respeito do que outros que vão sobreviver a ele ou que ainda sequer nascerem deveriam fazer por ele, ou para preservar o que lhe é importante, após sua morte”<sup>12</sup>.

Seria necessário estabelecer razões razoáveis pelas quais um indivíduo pode fundamentar sua convicção de que esses desejos-à-posteridade deveriam ser cumpridos<sup>13</sup>. Para isso, seria necessário que tais desejos fossem submetidos a um teste de reciprocidade, assim disposto:

Nós podemos considerar nossos desejos-à-posteridade como demandas moralmente legítimas sobre as pessoas futuras... se e somente se estivermos preparados para aceitar obrigações semelhantes em relação aos desejos, feitos, projetos e objetivos de nossos antecessores<sup>14</sup>.

Assim, o critério para a razoabilidade das demandas morais de lembrança se basearia na legitimidade das demandas que se aceitariam como feitas pelos antecessores, e na existência de possíveis motivos justificáveis para a rejeição de tais demandas, que poderiam assumir

---

<sup>12</sup> No original: “*about what others who will survive him or who are not even born yet should do for him or for the sake of what is important to him after he dies.*” BLUSTEIN, 2008, p. 277.

<sup>13</sup> Janna Thompson (1999, p. 500-502) entende que esses desejos-à-posteridade podem estar fundamentados na própria reflexão moral que um indivíduo faz sobre suas ações e omissões. Dessa forma, pensar na possibilidade de contingências externas e inevitáveis que poderiam atingir sua vida levaria o indivíduo a direcionar desejos ao futuro, de forma que sua vida moral esteja assegurada. Isso, para a autora, porém, não é suficiente para fundamentar um imperativo moral geral, pois visualizar um dever moral de cumprimento aos desejos-à-posteridade não fundamenta, por si só, o dever moral dos sucessores de cumpri-los.

<sup>14</sup> No original: “*We can regard our posterity-directed desires as morally legitimate demands on future people... if and only if we would be prepared to accept similar obligations in respect to the desires, deeds, projects, or goals of our predecessors.*” THOMPSON, 1999, p. 503.

contornos mais ligados à realidade corrente da sociedade. A importância da memória, nesse contexto, é uma questão de reciprocidade obrigacional, o que depende do raciocínio moral de que o indivíduo só deveria exigir, para o *post mortem*, uma postura das demais pessoas que ele entendesse como razoável de lhe serem exigidas.

O ponto crucial dessa argumentação consiste na fundamentação de um imperativo moral de lembrança (dado que não existe nada de irracional e desproporcional em um desejo de ser lembrado para o futuro, que pode suportar o dever moral de lembrar daqueles que vieram antes), e na aceitação da dissonância individual-subjetiva daqueles que não aceitam o teste da reciprocidade e que, portanto, entendem não possuir tal obrigação (BLUSTEIN, 2008, p. 279).

Existiria, nesse sentido, uma convivência entre a legitimidade moral de um imperativo de memória, baseado em razões argumentativas, e a visualização de que uma pessoa pode entender que seus desejos não se enquadram nessa consistência moral desenhada em conjunto pelos demais membros da comunidade.

Tal circunstância, no entanto, se atém à esfera individual e não pode deslegitimar o fato de que tal pessoa ainda se submete ao imperativo, pois a reciprocidade pressupõe a vivência em uma tradição de fidelidade à lembrança, construída intergeracionalmente na prática (ou, em sentido mais cogente, na responsabilidade social) de cumprir com as obrigações que foram herdadas dos antecessores e que justificam a imposição de obrigações aos sucessores (BLUSTEIN, 2008, p. 280).

Além disso, a preocupação seria mais com o cumprimento das obrigações do que com os desejos que as motivam. Não se deveria cumprir com o imperativo de lembrança porque a pessoa assim teria desejado, ou porque assim os vivos desejam, mas pelo fato de que se entende que a autodeterminação moral obriga, em algum nível, que os demais também se comportem dessa forma. Nas palavras de Janna Thompson:

Nós queremos que nossos sucessores cumpram uma promessa porque pensamos que é importante que esta seja cumprida – e não porque nós achamos que eles deveriam obedecer ao nosso desejo de que fosse cumprida. É a promessa que nós consideramos como importante – não nossos sentimentos sobre. Isso significa que somos propensos a pensar que o que é relevante para determinar nossas obrigações para com nossos antepassados é o fato de que eles fizeram uma promessa semelhante – não os desejos que eles, porventura, tinham<sup>15 16</sup>.

---

<sup>15</sup> No original: “We want our successors to keep a promise because we think it important that it be kept - and not because we think they ought to comply with our desire that it be kept. It is the promise we regard as important - not our feelings about it. This means that we are likely to think that what is relevant for determining our obligations in respect to our predecessors is that they made a similar promise - not what desires they happened to have.” THOMPSON, 1999, p. 504.

<sup>16</sup> A autora continua por dizer que a existência de obrigações morais herdadas não se justifica na crença de que o morto possui interesses morais concretos, mas sim na de que os vivos têm preocupações morais presentes. Assim, só se pode fazer demandas morais porque se entende que cumprir com os desejos expressos é algo

Esses três argumentos, entendidos juntos, conseguem justificar porque a existência de deveres para com os demais membros da comunidade e, em especial, com os entes queridos, não se encerram com a morte da pessoa, pelo contrário, auxiliam na empreitada de trazer significado à dignidade e ao projeto de vida que este possuía.

Além disso, tais deveres, quando transmutados no contexto *post mortem*, fazem com que a prática de lembrança, que se torna um imperativo moral, perpetue não só a memória do falecido, mas o próprio significado do projeto de vida daquele que lembra, na exigência recíproca de que sua existência e dignidade sejam também perpetuadas para o futuro.

### 3 AUTONOMIA E OS DEVERES DE LEMBRANÇA

A noção de autonomia assumiu diversas feições, podendo ser sugerido, com isso, que a constância de tratamento de sua existência como uma necessidade primordial demonstraria sua condição transcultural e independente de categorias socialmente contextualizadas (GUSTIN, 1999, p. 31).

Nesse sentido, identifica-se que a autonomia se aproxima do anseio de construção de bem-estar e de realização plena do indivíduo, de forma que o ser autônomo é capaz de fazer escolhas próprias, de formular objetivos pessoais respaldados em suas convicções e de definir as estratégias mais adequadas para atingi-los (GUSTIN, 1999, p. 31).

Tal maneira de visualizar a autonomia deita raízes na compreensão de uma vontade que é livre, porque criadora de suas próprias regras e submetida ao crivo da razão como fonte justificadora de deveres morais. Nessa visão, a liberdade de um indivíduo não se encontra na possibilidade de escolha entre o cumprimento ou não de um dever moral, mas de sua submissão às determinações que sua própria moral criadora tem como máxima universalmente justificada (KANT, 2004, p. 30-31).

A ação livre - nesse contexto também entendida como ação autônoma - ganha contornos de universalidade pela justificação racional que encontra no fato de que a autonomia da vontade é movida apenas por aquilo que pode ser entendido como hábil a justificar a ação de qualquer indivíduo que também faça raciocínios morais. O homem que deseja se comportar de maneira autônoma deveria, então, autodeterminar sua conduta com base nas regras morais de comportamento que se impõe. Para isso, utiliza-se de um compasso moral, consistente em sua própria autonomia, “uma bússola que permite ‘à razão humana comum’ dizer o que é

---

importante e não pode ser ignorado sem razões pelas quais se comportar dessa forma não seria interessante. THOMPSON, 1999, p. 507.

consistente e o que é inconsistente com o dever” (SCHNEEWIND, 2005, p. 560).

Essa compreensão de autonomia, fechada no homem em consideração com si mesmo, não pode ser suficiente para a construção de um ser autônomo em sentido pleno. Indo além do aspecto da autossuficiência, que seria atingido pelo raciocínio moral interno, a autonomia deve, ainda, auxiliar no desenvolvimento da sociabilidade, de forma que a pessoa seja capaz de justificar suas ações e orientações de vida não somente perante seu juízo racional individualista, mas perante o outro, que detém seu próprio conjunto de valores e regras.

A autonomia só se desenvolveria, assim, enquanto um indivíduo fosse capaz de justificar suas ações em contextos de formação racional da vontade, no diálogo, com o outro (GUSTIN, 1999, p. 31), com a compreensão das regras e valores que são considerados importantes por este. Depende-se, nesse sentido, do desenvolvimento de uma forma discursiva de interação. É necessário explicar, no entanto, o que justifica essa construção dialógica de autonomia.

### **3.1 A autonomia em perspectiva dialógica**

A construção de uma compreensão discursiva da autonomia, como desenvolvida pela teoria de Jürgen Habermas, parte da noção de que a condição para a realização da necessidade humana de autonomia supõe uma estrutura social baseada em arranjos linguísticos, que garantissem a possibilidade de que os indivíduos pudessem alcançar um entendimento mútuo. Para que isso seja possível, condições procedimentais devem ser criadas, de forma que todos os participantes dessa comunidade pudessem se entender, simultaneamente, como estruturadores da ordem a que devem se sujeitar.

O discurso, entendido como meio para a socialização do procedimento de universalização das razões (isso é, meio que possibilite que os indivíduos desenvolvam conjuntamente as normas que possam convencer qualquer participante razoável do processo interativo), permite a integração social e exige que os seus participantes assumam o compromisso de se orientar pelo entendimento e pelas posições mais bem fundamentadas (HABERMAS, 1990, p. 70-71).

No entanto, enquanto orientado apenas pelo entendimento, a interação social discursiva não consegue fornecer os meios necessários para influenciar uma alteração no estado de coisas no mundo (REHG, 1996, p. xvii). Para isso, ao lado da postura discursiva, é também necessária a postura que permita o alcance das finalidades imediatas do ser humano e as condições para sua obtenção (HABERMAS, 1990, p. 65-73).

Para conciliar a existência e o emprego de ambas as estratégias racional-interativas, a experiência jurídica serve como estrutura de dobradiça (REHG, 1996, p. xxiii; NEVES, 2001, p. 145-146) que permite a construção conjunta de entendimentos, por meio de procedimentos que garantam as condições de universalização das razões para ação e a construção de um espaço socialmente aceitável que deve ser destinado à ação orientada por fins concretos no mundo.

A autonomia, nessa visão, assume sentido e função dúplice, a depender do enfoque que se é dado. Enquanto autonomia no campo público, refere-se às liberdades atribuídas no campo comunicativo, que dizem respeito tanto à habilidade do indivíduo justificar a existência de normas por se enxergar como coautor destas, na qualidade de participante de discursos racionais (HABERMAS, 1997, p. 145-146), quanto à construção do campo autorizado para exercício das liberdades individuais.

Enquanto autonomia no campo privado, permite a liberação do indivíduo das obrigações comunicativas – não pressuposição que este tenha que se comportar de forma comprometida com o entendimento em face das pretensões dos outros participantes. A autonomia privada seria, então, um campo autorizado de uso da racionalidade estratégica, na qual é desnecessária a justificação moral quanto à conduta empregada nos mesmos moldes exigidos para a autonomia pública<sup>17</sup>.

Ambos os enfoques são interdependentes e se pressupõem, pois a existência do campo da autonomia pública permite ao indivíduo criar as regras procedimentais que possibilitam o discurso, visualizar justificação racional para seguir a normatividade do direito e garantir espaço para a autonomia privada, em que presente “a liberdade ética individual no cumprimento de um projeto próprio de realização existencial” (GUSTIN, 1999, p. 204). No diálogo, se constrói tanto o significado e o escopo da autonomia privada, quanto a justificação para sua existência.

Superada a questão quanto à sua justificação, deve ser investigado como um dever moral de lembrança pode ser transposto utilizando-se da autonomia como porta de entrada para o contexto do direito, e quais são as vantagens dessa interpretação.

---

<sup>17</sup> Interessante trazer a própria definição dada pelo autor, pela qual autonomia privada se constitui na “liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de observação e de influências recíprocas. A autonomia privada vai tão longe, que o sujeito do direito *não* precisa prestar contas, nem apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação. Liberdades de ação subjetivas justificam a *saída* do agir comunicativo e a recusa de obrigações ilocucionárias; elas fundamentam uma privacidade que libera do peso da liberdade comunicativa atribuída e imputada reciprocamente.” HABERMAS, 1997, p. 156. Obrigações ilocucionárias, nesse contexto, referem-se aos atos de fala que visam a aceitação e a compreensão recíproca.

### 3.2 Relações entre a autonomia e o dever moral de lembrança

Enquanto um entendimento que, para sua legitimidade, pressupõe um juízo racional que pode ser entendido como válido pela comunidade e que possa convencer qualquer pessoa razoável, o argumento da “visão da reciprocidade” tem o potencial de se aproximar, em grande medida, de uma construção dialógica e discursiva do que constituiria um dever moral de lembrança.

No entanto, na formulação que foi apresentada, a visão da reciprocidade não se desvencilhou de uma perspectiva solitária e monológica dos raciocínios morais, uma vez que pressupõe que um indivíduo pode chegar sozinho à conclusão sobre a legitimidade dos desejos-à-posteridade. O exercício reconstrutivo das obrigações vistas como legítimas pelos antecessores não pode se basear no juízo singular daquele sujeito que analisa moralmente a situação e decide pautar sua conduta conforme sua própria vontade.

Pelo contrário, somente quando esses desejos-à-posteridade – presumivelmente feitos tanto pelos antecessores de uma comunidade quanto pelos sujeitos que agora julgam a legitimidade de seus próprios desejos para o futuro – puderem ser julgados pela comunidade atual de interlocutores com base nas boas razões que são levantadas para seu cumprimento é que se pode visualizar uma formação consensual do espaço de sua preservação.

A noção apresentada por Jeffrey Blustein de uma tradição de lembrança auxilia nesse esforço voltado para o entendimento, uma vez que tal noção constitui um horizonte de saberes prévios compartilhados que indicam uma aceitação racionalizada pela comunidade de que é valoroso e significativo preservar a existência e a lembrança daqueles que já faleceram<sup>18 19</sup>. O

---

<sup>18</sup> A tradição de lembrança pode ser explicada pela noção de mundo da vida de Habermas, que constitui uma série de pré-entendimentos implícitos em uma comunidade que permitem a integração e coordenação social sem que a validade das pretensões tenha que ser a todo momento questionada e criticada pelos membros da comunidade linguística. O horizonte de saberes do mundo da vida, do qual a tradição de lembrança pode ser entendida como lhe sendo integrante, funciona, nas palavras de Habermas (1990, p. 93), como “um muro contra surpresas que provém da experiência”, de forma a justificar a compreensão de que proteger a lembrança dos entes falecido já constitui uma prática racionalizada daquela comunidade. Os conhecimentos implícitos do mundo da vida são passíveis de crítica e auto-reflexão, podendo ser substituídos ou aprimorados caso não subsistam à argumentação racional proveniente da prática discursiva; no entanto, defende-se que a prática de lembrança já passou pelo crivo de uma fundamentação preocupada com argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais, conforme é adequado para fins de assimilação pelo direito moderno.

<sup>19</sup> Essa construção dialógica não se dará apenas “em sentido fraco”, visto que o morto não consegue mais participar da construção de entendimento. Com efeito, a construção do que constituem desejos-à-posteridade dignos de proteção é um esforço transgeracional, reconstruído e propagado pelas comunicações ordinárias dos participantes de uma comunidade linguística. A tradição de lembrança não se forma pelo pensamento solitário de um indivíduo que julga o alcance de sua autonomia (*post mortem*), mas é formada pelo esforço conjunto de sujeitos comunicativos. O princípio do discurso habermasiano (em que uma norma de ação só é válida se puder encontrar consentimento de todos os atingidos apenas pela coerção do melhor argumento) diz respeito à potencialidade de participação (GALUPPO, 2002), garantindo ao sujeito a oportunidade de participar da formação da tradição de lembrança, tida como racional.

argumento da reciprocidade, assim recontextualizado, garante um espaço de construção público, consistente na tradição de fidelidade à lembrança, em que se pode racionalmente justificar a existência de um dever moral e definir o escopo de sua proteção pela via comunicativa. Da mesma forma, garante um espaço de construção privado, presente na perpetuação de um projeto de vida existencial já realizado que será protegido para o momento em que o indivíduo não esteja mais presente.

Entrelaçando essa perspectiva com o presente trabalho, esse espaço de construção público garante a permanência do espaço privado, na medida em que permite a formação identitária plena conforme projetos éticos individuais, sem demandar a vinculação interna aos deveres memoriais; mas impõe, como consequência, o respeito a estes, uma vez que interage dentro das condições procedimentais estabelecidas na tradição de lembrança.

O paralelo com a autonomia aqui se torna nítido: enquanto em seu espaço particular, o indivíduo se reserva da posição de observação e influência recíproca e não precisa, publicamente, prestar contas ou justificar suas ações, é justamente pela interação na esfera pública, com participantes comprometidos com a obtenção de entendimento, que este espaço é construído e cuja manutenção é garantida.

O dever moral de lembrança se justifica à similaridade da autonomia, posto que o princípio de seu funcionamento se dá de forma semelhante: enquanto se espera dos demais indivíduos que sua habilidade de tomar decisões deve ser respeitada e protegida, porque assim se deu sua construção coletiva, garantida por condições procedimentais, também pode se esperar que os sucessores tenham um dever de memória, garantido pelo teste de reciprocidade dependente da aceitação racional construída do que se espera dos demais membros do grupo e, em especial, dos entes queridos.

Ademais, o compromisso que se espera das demais pessoas de que suas vontades serão respeitadas também enseja um compromisso atual de que se respeite a autonomia e os desejos dos demais.

A conexão entre o dever moral de lembrança e a autonomia se torna completa quando se considera a contribuição do argumento do resgate quanto à insignificância de que o respeito pelos mortos, configurado em sua forma mínima e suficiente no ato de lembrança, reafirma o significado da existência e dignidade da pessoa<sup>20</sup>, e do argumento dos deveres resistentes, de

---

<sup>20</sup> Esse argumento parece se relacionar com a ideia de Joseph Raz (1986, p. 190) de que o respeito pelas pessoas consiste no respeito aos interesses que estas têm de aproveitar sua autonomia pessoal, consistente em livremente decidir o curso de suas próprias vidas. Se uma ideia de respeito consiste no conteúdo mínimo da reafirmação da dignidade, e o ato de lembrança consiste em uma atitude de respeito, então a lembrança é, também, uma maneira de reforçar os interesses das pessoas em aproveitar de sua autonomia.

que estes não se esvaziam pela circunstância de que a pessoa está morta.

A autonomia tem como ponto central de sua construção a realização plena do projeto de vida que o indivíduo constrói para si mesmo, e é um pressuposto para a manutenção e concretização desse projeto que exista um espaço reservado à realização existencial e um espaço público em que seja autodeterminado, por consenso, o escopo desse espaço privado e a proteção que lhe deve ser fornecida.

Esse espaço de proteção, que configura um dever de não interferência que os indivíduos têm uns para os outros, não se encerraria pela circunstância da morte da pessoa, e o ato de lembrança, enquanto significante de dignidade, contribuiria para realização do plano de vida individual e pela sua permanência em período póstumo, quando este plano poderá ser completado pelo respeito que lhe deve ser prestado.

Ademais, o ato de lembrança não só auxilia na construção e manutenção do projeto de vida do falecido (e, nesse sentido, de sua autonomia), como auxilia na construção e manutenção do projeto de vida daquele que cumpre com esse dever moral de lembrança, pois tal cumprimento, em perspectiva dialógica e procedimental, é condição necessária para a imposição do dever projetado no futuro.

Ao garantir o significado da existência do outro, pelo ato de lembrança, o indivíduo estaria, ao mesmo tempo, preparando as condições pelas quais a sua própria existência e dignidade deverá ser futuramente respeitada.

#### **4 O DEVER DE LEMBRANÇA EM PERSPECTIVA JURÍDICA**

Até então, no presente trabalho, a preocupação se centrou na análise dos aspectos morais do que poderia justificar um dever de lembrança e como ele pode ser entendido em termos de sua relação íntima com a autonomia privada, na perspectiva de auxiliar em sua construção e de trabalhar com os mesmos fundamentos interativos.

A relação que agora precisa ser investigada é como pode se operar uma transposição desse dever moral de lembrança à ordem jurídica nacional, e se já podemos encontrar, em uma perspectiva *de lege lata*, indícios de sua existência. Para isso, é necessário primeiramente esclarecer qual a conexão que pode ser feita entre o direito e a moral, de forma a justificar a inclusão de deveres morais na esfera jurídica.

##### **4.1 Relação entre direito e moral**

A relação entre as normas morais e normas jurídicas passa, em um primeiro momento,

pelo entendimento do que caracteriza sua força cogente, isto é, de onde pode se extrair a necessidade de cumprir com o que restou determinado.

Na perspectiva moral, a coação da norma é interna, presente na própria determinação que a originou. O dever de seguir o comando moral não provém de nenhum estímulo externo ao sujeito, mas surge pela vinculação do sujeito à máxima que este entende como válida; pela perspectiva de Immanuel Kant, da “necessidade de uma ação por reverência à lei [moral]” (KANT apud SALGADO, 2012, p. 253).

A ação moral, seria, então, aquela que é cumprida em razão da existência do dever, e não basta que o indivíduo se comporte conforme a regra moral, mas que esta seja a força motriz que impulsiona sua ação.

Na perspectiva do direito, por outro lado, a coação da norma é externa ao indivíduo, e é determinada por fatores outros que não a pura força persuasiva das razões. O dever jurídico seria um dever para com o outro, em vez de um dever para consigo mesmo, e se justificaria na necessidade de não adentrar no campo das liberdades individuais das demais pessoas (KANT, 2004, p. 38-39).

Para o cumprimento de uma norma jurídica, não é necessário inquirir sobre os motivos que levaram o agente à sua execução, bastando que a ação seja conforme ao comando, contendo, com isso, aparência de respeito à lei. Diz-se apenas de sua aparência, pois basta para o direito que o indivíduo se comporte como requer a norma, deixando um espaço reservado quanto às motivações que o levaram a assim se portar.

Na transposição de uma regra moral para o campo do direito, surgiria um aspecto de exigibilidade quanto ao seu respeito, pois enquanto a ação moral exige uma atitude moral que seja coerente com a máxima em questão, a ação conforme o direito exige uma atitude fática de respeito ao comando dotado de força normativa. O desrespeito a esse dever jurídico faria surgir a possibilidade de o indivíduo exigir o seu cumprimento, por meio dos instrumentos legalmente estabelecidos.

Nessa perspectiva, enquanto as regras morais e jurídicas dizem sobre tipos diferentes de conhecimento, elas são reciprocamente complementares. O direito, por não ser apenas sistema de conhecimento, mas sistema de ação, consegue dotar argumentos morais (que possuem grande força fundamentadora decorrente de sua natureza discursiva) da facticidade necessária para o contexto social, de forma que possibilita imputação de responsabilidade aos sujeitos que desrespeitam a regra e alivia os indivíduos dos esforços cognitivos e motivacionais de descobrir o agir correto e de portar seu arbítrio em sua conformidade (HABERMAS, 1997, p. 141; p. 149-152), permitindo liberdade quanto às motivações de suas ações e quanto à construção de

sua vida (GUSTIN, 1999, p. 195-196).

Nas palavras de Jürgen Habermas (1997, p. 149-150):

Uma moral dependente de um substrato de estruturas da personalidade ficaria limitada em sua eficácia, caso não pudesse atingir os motivos dos agentes por *outro* caminho, que não o da internalização, ou seja, o da institucionalização de *um* sistema jurídico que *complementa* a moral da razão do ponto de vista da eficácia para a ação.[...] No direito, os motivos e orientações axiológicas estão interligados entre si num sistema de ação; por isso as proposições jurídicas têm eficácia imediata para a ação, o mesmo não acontecendo com os juízos morais enquanto tais. De outro lado, as instituições jurídicas distinguem-se das ordens institucionais naturais através de seu elevado grau de racionalidade, pois nelas se cristaliza um sistema de saber sólido, configurado dogmaticamente e conectado a uma moral dirigida por princípios. E, como o direito está estabelecido simultaneamente nos níveis da cultura e da sociedade, ele pode *compensar* as fraquezas de uma moral racional que se atualiza primariamente na forma de um saber.

Assim, a existência de um imperativo moral de lembrança, que se justifica na função de garantia de autonomia privada, poderia ser dotada de coercibilidade externa quando transposto ao esquema da organização jurídica.

Essa organização jurídica, por sua vez, é desprovida de conteúdos jurídicos eticamente anteriores à sua formação. A forma jurídica, nesse caso, permite que o conteúdo do direito seja composto por aquelas manifestações pessoais que a comunidade de sujeitos de direito tenha como valorosa e digna de proteção.

#### 4.2 Dignidade, pessoa e lembrança

A autonomia privada é dotada de força jurígena, tendo em vista que traduz, no campo do direito, a liberdade que as pessoas têm de formar vínculos umas com as outras, de realizarem promessas e de cumprirem com suas obrigações (VASCONCELOS, 2008, p. 15). Isso ocorre por meio de sua capacidade de traduzir, no campo do Direito, como a participação ativa da pessoa, inserida em contextos de participação social-negocial, pode constituir aquilo que é essencial para o projeto de vida que adota para si mesmo, na construção de sua personalidade.

A noção de personalidade, aqui adotada como a qualidade de ser pessoa (VASCONCELOS, 2006, p. 05), associa-se ao fluxo de valores que lhe é constitutivo (STANCIOLI, 2017, p. 155). A dignidade e a autonomia privada assumem, além da função de princípios que fundamentam a ordem civil e constitucional (PINTO, 2012, p. 09; PINTO, 1999, p. 151), o papel de consagradores do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana<sup>21</sup>. A partir da garantia dessas duas ideias, entendidas como complementares no seu

---

<sup>21</sup> Nesse ponto, podemos ressaltar a teoria de John Kleinig (1991, p. 20-21), que verifica uma conexão íntima entre dignidade e autonomia, sendo ideias bastante relacionadas. Enquanto essa conexão é mais forte na “*dignity*

papel de garantir à pessoa a possibilidade plena de sua autorrealização, verifica-se um “indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual” (CANOTILHO apud PINTO, 1999, p. 152).

A dignidade e autonomia privada, então, assumem posturas relacionadas à liberdade negativa, de coibir lesões que assolem a capacidade de livre desenvolvimento da personalidade e à liberdade positiva, de garantir condições materiais-procedimentais para que esse desenvolvimento da pessoa possa aflorar.

A proteção da pessoa encontra poderosa manifestação na existência dos direitos da personalidade, entendidos como direitos subjetivos<sup>22</sup> que tutelam os valores constitutivos da pessoa e permitem a livre vivência das escolhas de vida pessoais (STANCIOLI, 2017, p. 126), por meio de instrumentos repressivos, preventivos e compensatórios, cogentes, quanto à liberdade negativa, e garantias de livre utilização, exploração e aprimoramento, quanto às liberdades positivas.

Nesse sentido, se a existência de um dever moral de lembrança auxilia na construção da autonomia privada do indivíduo e, na mesma mão, de sua dignidade, e essa tutela se dá em função da promoção da personalidade, que encontra uma de suas expressões legais na defesa dos direitos da personalidade, pode-se estabelecer um raciocínio de que o *locus* adequado para a presença de um dever moral de lembrança juridicizado seria junto à tutela da pessoa.

### 4.3 Tutela da lembrança como tutela à pessoa

Ante o exposto, pode-se justificar a existência de um dever de lembrança, com contornos jurídicos, fundamentado no compromisso normativo de garantia da personalidade da pessoa humana e no seu papel de concretização da autonomia privada. Visualiza-se, com isso, a possibilidade de antever que o local de proteção dos deveres de lembrança deveria se encontrar,

---

*as self-possession*”, que diz sobre o autocontrole do homem sobre sua própria pessoa, existiria um aspecto da “*dignity by association*” que se distancia da autonomia, porque cuida do respeito que é devido pelo simples fato de pertencimento à espécie humana. Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 91-92) destaca que existem duas concepções distintas da pessoa humana que dão suporte à sua dignidade: a concepção insular, que valoriza a razão e a vontade, e veem o homem autossuficiente e autodeterminado, e uma nova concepção ética, que integra o homem na natureza e no fluxo social e reconhece o outro na capacidade de diálogo. Enquanto o autor identifica a primeira concepção na ideia de autonomia privada, a ideia identificada neste trabalho permite também relacionar a autonomia à perspectiva dialógica proveniente desta nova ética.

<sup>22</sup> A escolha da explicação dos direitos de personalidade como direitos subjetivos também se justifica a partir da ideia de que a pessoa não se constrói em sua consideração individual e solitária, mas em interação com o outro. Habermas, nessa linha de raciocínio, adota o conceito de Frank Michelmann: “Direitos [subjetivos] são uma proposição pública, que envolvem tanto obrigações para com os outros quanto titularidade contra eles. Em aparência, pelo menos, são uma forma de cooperação social, altamente especializada, sem sombra de dúvidas, mas, ainda assim, em última análise, cooperação”. MICHELMANN, F. apud HABERMAS, 1997, p. 121.

justamente, nas normas atinentes à proteção da personalidade.

Com a existência de um dever moral de lembrança e de sua transposição a uma posição juridicamente defensável, tanto o falecido, quanto os seus sucessores, garantem que seu projeto de vida e sua construção humana não serão encerrados com o término de sua existência biológica. A autonomia será preservada, tanto em relação ao morto (posto que presente na sociedade por meio do ato de lembrança), quanto em relação às pessoas que realizam tais atitudes, ao garantirem as condições de exigibilidade desse dever para o futuro. A condição pela qual esse dever pode ser expressado na ordem jurídica é pelo surgimento de uma pretensão que tenha como finalidade remediar e encerrar as lesões que lhe forem cometidas.

Assim, se a posição topográfica adequada para a proteção desse dever de lembrança é na proteção da pessoa, e sua conformação em termos jurídicos é adequada de ser disposta como um direito a evitar suas violações, uma norma que diga sobre quem é legitimado para tutelar situações de ameaça ou lesões a direitos da personalidade *post mortem* pode ser entendida como uma configuração desse dever com vestes jurídicas.

Tal compreensão permite concluir que os dispositivos legais do art. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único<sup>23</sup>, do Código Civil tutelariam o dever moral de lembrança aqui descrito. Essa ideia parece ter certa repercussão entre os doutrinadores portugueses, que a apresentam no contexto da norma legal do art. 71, n. 1, 2, do Código Civil português<sup>24</sup>, cuja redação possui grandes similaridades com a do Código Civil brasileiro.

Na visão de Pedro Pais de Vasconcelos, o que se protege nesse artigo é, em sentido objetivo, o respeito pelos mortos, e em sentido subjetivo, a inviolabilidade moral dos familiares e herdeiros. Esta dimensão objetiva estaria fundamentada em raízes morais fortes, enquanto a dimensão subjetiva se justificaria na necessidade de preservar tanto a dignidade do falecido quanto dos parentes ou herdeiros que podem ser afetados, em suas próprias dignidades, em razão de ofensas rogadas contra a pessoa do morto (VASCONCELOS, 2006, p. 120-121).

Também coloca dessa forma António Menezes Cordeiro (apud VASCONCELOS, 2006, p. 120), que expõe que “a tutela *post mortem* é, na realidade, a proteção concedida ao direito que os familiares têm de exigir o respeito pelo descanso e pela memória dos seus

---

<sup>23</sup> Art. 12. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Art. 20. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

<sup>24</sup> ARTIGO 71º (Ofensa a pessoas já falecidas) 1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular. 2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no nº 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivo ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.

mortos”. Assim também defende Carlos Alberto da Mota Pinto (2012, p. 205), que visualiza proteção de interesses das pessoas vivas afetadas por atos ofensivos à memória do falecido. Ainda na doutrina portuguesa, Carvalho Fernandes (apud VASCONCELOS, 2006, p. 120) compartilha do entendimento de que a atribuição de proteção jurídica se dá no interesse que certas pessoas legitimadas têm na proteção da dignidade e integridade moral do falecido, e contra lesões que podem lhes atingir de forma indireta; José de Oliveira Ascensão (1991, p. 129-135) assevera que a personalidade do sujeito se encerra com sua morte, mas se prolonga seu valor como pessoa, transmutado no bem jurídico autônomo de respeito à sua memória.

Referindo-se à doutrina francesa, Leonardo Estevam de Assis Zanini (2015, p. 195) indica que a teoria da proteção *post mortem* da personalidade se encontra fortemente ligada à lembrança deixada pelo falecido, tratando-se de uma defesa da memória do defunto e de um sentimento de dignidade conectado a quem assume essa postura protetiva.

Em doutrina nacional, pode-se ressaltar o posicionamento de Pontes de Miranda que, ao tratar sobre o direito à honra dos mortos, argumenta que a lei dá legitimidade a certas pessoas porque o sistema jurídico entende que estas possuem interesse, seja moral, sentimental, intelectual, em que não se ofenda a memória do falecido<sup>25</sup>. Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 105-119) defende a excepcionalidade da permanência dos direitos da personalidade *post mortem*, pelo que a legislação dá legitimidade processual aos seus parentes, ligados ao falecido por laços de afeição, para tutela de sua memória.

Forte defesa do direito à memória faz João Baptista Villela (2003, p. 55-64), que ao trabalhar a distinção entre direitos subjetivos de personalidade primários e secundários, assim assevera:

“[Q]ualquer direito subjetivo pressupõe, aqui sem tautologia, um sujeito em relação ao qual se configure, mesmo que não o possa exercitar. Assim, a ofensa à memória, por exemplo, não só não exige que o ofendido esteja vivo, senão que, ao contrário, exige que esteja morto. Mas é pensado não em relação a quem exercita a tutela preventiva ou reparatória (um parente do morto, por exemplo) e sim a alguém que, por estar morto, gozou da vida. O direito à honra, de que o direito à memória constitui uma lesão, não é um direito primário, senão secundário, já que nele se comportam diferentes faculdades, como, por exemplo, a de tolerar atos de agressão”. (VILLELA, 2003, p. 59)

Por último, destaca-se teoria que ganha força em tempos recentes, no sentido de que a proteção legal atribuída pelos artigos do Código Civil não se dá nem em nome das pessoas

---

<sup>25</sup> Importante ressaltar que o autor está nesse contexto se referindo à ação penal de calúnia e à ação de retificação compulsória. Por não trabalhar com um panorama de direito civil que admitisse expressamente algum tipo de tutela da personalidade *post mortem*, Pontes de Miranda se encontra cético em assumi-la, expondo que entender a ofensa ao morto como ofensa também ao vivo seria muito mais uma maneira de deslocar o problema da titularidade do que de resolvê-lo. MIRANDA, 1970, p. 49.

vivas, nem em nome do falecido, em extensão póstuma de sua personalidade, sendo considerada uma situação (ou posição) jurídica desprovida de titularidade (LEAL, 2019; NAVES; SÁ, 2007; PEREIRA; LARA, 2020).

Nessa perspectiva, os interesses morais da pessoa falecida, como a necessidade de preservação de sua memória, por serem socialmente relevantes, configurariam um centro de interesses tutelado diretamente pelo direito, sem serem resguardados necessariamente por um titular. O que existe, na realidade, é uma esfera de dever jurídico, consistente na necessidade de não violação pelos demais sujeitos que, em caso de descumprimento, dariam ensejo à responsabilização institucional.

Em termos de dogmática jurídica, afigura-se como visão adequada, uma vez que não depende da defesa exclusiva de direito dos vivos (o que implica em dizer que o morto não teria mais interesse em ser resguardado, negando a tese do resgate da insignificância)<sup>26</sup>, e nem depende da atribuição de titularidade subjetiva ao morto, o que é vedado pelo art. 6º do Código.

Permite, em conclusão, que os interesses do morto sejam tutelados e associados a uma dimensão de limites na atuação dos demais sujeitos, que devem respeitar tais interesses. Explica Pietro Perlingieri (2007, p. 111):

Mesmo depois da morte do sujeito, o ordenamento considera certos interesses tuteláveis. Alguns requisitos relativos à existência, à personalidade do defunto – por exemplo, a sua honra, a sua dignidade, a interpretação exata da sua história – são de qualquer modo protegidos por um certo período de tempo (art. 597, §3, Cód. Civ.), isto é, enquanto foram relevantes também socialmente. Alguns sujeitos, individuados pelo ordenamento, serão legitimados a tutelar o interesse do defunto.

Desses posicionamentos doutrinários<sup>27</sup>, extrai-se a conclusão de que o Código Civil brasileiro de alguma forma positivou o entendimento de que todas as pessoas possuem um dever moral de lembrança quanto às pessoas falecidas, configurado este em sua feição mínima e suficiente de respeito à dignidade e existência da pessoa. Dessa forma, justifica-se a tese de que tal dever pode ser configurado em um resgate quanto à insignificância da pessoa falecida, que todos, de forma geral, teriam de cumprir.

Além disso, a defesa da legitimidade de proteção legalmente atribuída para os herdeiros

---

<sup>26</sup> A tese da proteção dos direitos vivos nega, também, a dimensão da reciprocidade. Se resguarda algo similar a um “direito de lembrar”, desassociado do “direito de ser lembrado”.

<sup>27</sup> É necessário ressaltar a possível crítica de que os autores mencionados teriam em mente significado diferente do que consistiria em interesse pela memória dos mortos do que o empregado no presente trabalho. No entanto, não trabalham de forma aprofundada esse entendimento, apenas utilizando expressões mais gerais como “respeito pela memória”, “descanso”, “paz”, “sentimento moral”. Assim, entende-se que a visão mais ampliada do que consistiria em um dever de lembrança pode, muito bem, abarcar todas essas expressões, visto que relaciona a atitude de respeito com a necessidade de dotar a existência de uma pessoa de significado.

parece reforçar a tese dos deveres resistentes, visto que a legislação concedeu tal legitimidade aos indivíduos que, de maneira geral e pelo padrão comum que é esperado pela sociedade, teriam uma conexão mais íntima com o falecido. Assim, o poder de ação contra a violação dos deveres se daria a essas pessoas em razão dos relacionamentos que carregam, em si, obrigações morais especiais.

Por fim, a proteção jurídica reforça também a tese da reciprocidade, uma vez que a tutela se daria tanto em razão da perpetuação da dignidade do morto quanto para garantir as condições para a tutela da dignidade das pessoas vivas para o momento futuro.

## 5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

No presente trabalho, buscou-se analisar a hipótese de que o ordenamento jurídico brasileiro tutela os direitos da personalidade *post mortem* partindo de uma perspectiva fortemente influenciada por critério morais de valorização da pessoa humana, e que o fundamento para essa proteção seria a existência de um dever de lembrança, a qual se atribui vestes jurídicas.

Conclui-se que o dever moral de lembrança, entendido como um sentimento ativo de memória em relação ao passado, justifica-se a partir do momento que garante o resgate do significado da existência e dignidade da pessoa falecida e cria condições para a perpetuação da existência e dignidade das pessoas que exercem essa postura. Ademais, as motivações para lembrar das pessoas que faleceram dependem dos relacionamentos pessoais que se têm em vida, de forma que também se justifica a atribuição de deveres especiais a certas pessoas que, em geral, têm vivências mais pessoais com o falecido. A existência ou não dessas motivações não retira o dever em si, mas justifica a atribuição de legitimidade que é feita pela legislação.

O entendimento da autonomia privada em perspectiva dialógica auxilia em entender o papel de construção conjunta da configuração do dever, e serve como fundamento para sua inserção no campo jurídico, junto à tutela da pessoa humana, que deve ter plena possibilidade de arquitetar e desempenhar o plano de vida existencial que planejou para si mesmo e que não se extingue por completo com sua morte.

A perspectiva adotada neste trabalho é, notadamente, voltada para a formação da memória (ou da lembrança) em sentido individual, isto é, a garantia do significado da existência de pessoas em particular. No entanto, existem fortes argumentos em favor da construção de um sentido coletivo de memória, que também serviria para a tutela da pessoa, ainda que de modo indireto.

Assim, novos trabalhos devem ser desenvolvidos, abordando como a formação de uma dimensão coletiva de memória<sup>28</sup>, por meio de argumentos em favor do dever de justiça sobre o passado ou de assunção de consequências pelas escolhas morais realizadas<sup>29</sup>, pode auxiliar na construção de um entendimento mais completo e coerente sobre o que constitui o dever moral de lembrança, que pode ser transposto para uma ordem jurídica comprometida com a defesa da pessoa.

---

<sup>28</sup> A ideia de memória coletiva surge originalmente a partir da compreensão de que toda memória individual se manifesta nas ações e declarações dos indivíduos e se constrói dentro dos quadros definidos pela ordem social em que se insere. Posteriormente, essa noção incorpora não só as comunicações dos indivíduos, mas também as formas objetificadas de cultura, como manifestações artísticas, monumentos e outras formas de mídia. SARAPU, 2012, p. 187-191; HALBWACHS, 1990, p. 16-34.

<sup>29</sup> Jeffrey Blustein (2008, p. 336-337) assume essa postura com a nomenclatura de “*bearing witness*”, explicado da seguinte forma: “O valor simbólico de prestar testemunho é valor que é realizado dentro e por meio da atividade de endereçar-se a uma audiência, de estar perante uma audiência e trazer o bom e o mal para sua atenção, com isso declarando a sua lealdade ao bem. [...] [A testemunha] se importa com o que a comunidade apoia e quer que esta compartilhe suas responsabilidades morais com o passado, sua repugnância ou ultraje ou compaixão ou, no caso de contrapartes positivas, como mencionado anteriormente, sua admiração ou gratidão ou prazer derivado da boa fortuna dos outros”. No original: “*The symbolic value of bearing witness is value that is realized in and through the activity of addressing an audience, of standing before an audience and bringing good or bad to its attention, and thereby declaring one’s allegiance to the good. [...] [The witness] cares about what this community endorses and wants it to share her moral responses to the past, her repugnance or outrage or compassion or, in the case of the positive counterparts mentioned earlier, her admiration or gratitude or vicarious pleasure in the good fortune of others.*”

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria Geral do Direito Civil**. v. I e II. Lisboa, 1991.

BLUSTEIN, Jeffrey. **The Moral Demands of Memory**. New York: Cambridge University Press, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 268660/RJ. Rel. Min. César Asfor Rocha, 4ª Turma, j. em 21/11/2000, DJ de 19/02/2001.

DANTAS, Larissa Uchôa. **Manto da apresentação: O corpo ritualístico, narrativo e alegórico de Arthur Bispo do Rosário**. Dissertação (Mestrado em Artes Visuais). Universidade Federal da Paraíba – Universidade Federal de Pernambuco. João Pessoa, 2016.

GAITA, Raimond. **The Philosopher's Dog**. London: Taylor & Francis e-Library, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 202. 2002. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2876142>.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do Direito**. Del Rey: Belo Horizonte, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebenseichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HALBWACHS, Maurice. **A Memória Coletiva**. São Paulo: Vértice, 1990

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *In: Revista da USP*. São Paulo, n.53, p. 90-101, março/maio 2002.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Vol. I – Princípios metafísicos da doutrina do direito. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

KLEINIG, JOHN. **Valuing Life**. Oxford: Princeton University Press, 1991.

LEAL, Livia Teixeira. **Internet e morte do usuário: Propostas para o tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo VII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevivência dos direitos da personalidade. *In: Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p.117-123, jul./set. 2007.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. *In: SOUZA, Jessé. Democracia Hoje*. Brasília: Editora UNB, 2001. p. 111-163.

PEREIRA, Fabio Queiroz, LARA, Mariana Alves. A situação jurídica do ente por nascer: uma análise crítica em busca de coerência normativa. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 24, p. 17-42, abr./jun. 2020. DOI: 10.33242/rbdc.2020.02.002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª Edição. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PINTO, Paulo Mota. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. *In: Portugal-Brasil, ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 149-186.

RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

REHG, William. Translator's Introduction. *In: HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. 2. Ed. United States: Massachusetts Institute of Technology, 1996.

SALGADO, Joaquim. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARAPU, Daniel Vieira. **Direito e memória**: Uma Compreensão Temporal do Direito. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SCHNEEWIND, J. B. **A invenção da autonomia**. Uma história da filosofia moral moderna. Trad. Magda França Lopes. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício dos direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte, D'Plácido, 2017.

STOKES, Patrick. Deletion as second death: the moral status of digital remains. *In: Ethics and Information Technology*. Vol. 17, p. 237–248, 2015. <https://doi.org/10.1007/s10676-015-9379-4>.

STOKES, Patrick. Duties to the Dead? Earnest Imagination and Remembrance. *In: Kierkegaard and Death*. Bloomington, IN: Indiana University Press, 2011. p. 253-273.

TAYLOR, James Stacey. **Death, Posthumous Harm, and Bioethics**. New York: Routledge, 2012.

THOMPSON, Janna. Inherited Obligations and Generational Continuity. *In: Canadian Journal of Philosophy*. Volume 29, Number 4, December 1999. p. 493-516.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

DA LEMBRANÇA À AUTONOMIA: O DEVER DE RESPEITO À MEMÓRIA COMO FORMA DE  
TUTELA DA PESSOA

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2008.

VILLELA, João Baptista. O Novo Código Civil Brasileiro e o Direito à Recusa de Tratamento Médico. *In: Roma e America*. Diritto Romano Comune. n. 16, 2003. p. 55-64.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de autor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

# O DIREITO PENAL NOS CONTOS DE FADAS: UMA ANÁLISE DO CONTO “A BELA ADORMECIDA”

## *CRIMINAL LAW IN FAIRY TALES: AN ANALYSIS OF THE “SLEEPING BEAUTY” STORY*

*Nadja de Paula dos Santos*<sup>1</sup>

### **Resumo**

Os contos de fadas se difundiram pela Europa através da tradição oral, impulsionados pela publicação de grandes coletâneas de histórias, já no século XIX. Antes de se voltarem para o entretenimento infantil, destinavam-se ao público adulto. Só com a evolução do conceito de infância para algo mais próximo do que hoje se conhece, é que houve uma necessidade de refinar seu enredo para o público infantil. Não obstante as sucessivas edições, mesmo as versões atuais, consideradas adequadas às crianças, guardam ainda resquícios do passado mais violento das historinhas de ninar.

Assim, ao trazer um ponto de vista do direito penal sobre um tema já debatido em trabalhos de outras áreas do conhecimento, objetiva-se comprovar que, do “era uma vez” até o previsível “felizes para sempre”, as histórias eram – e em menor medida, ainda são – repletas de crimes. Para tanto, serão analisadas as versões de quatro contos clássicos escritos entre os séculos XVII e XIX, pelos Irmãos Grimm e Giambattista Basile. Pretende-se, assim, identificar situações problema e, a partir da descrição fornecida pela história, proceder à sua capitulação nos artigos pertinentes no Código Penal Brasileiro.

**Palavras-chave:** contos de fadas. Direito penal.

### **Abstract**

Fairy tales spread throughout Europe through oral tradition, driven by the publication of large collections of stories as early as the nineteenth century. Before turning to children's entertainment, they were aimed at the adult audience. Only with the evolution of the concept of childhood to something closer to what is known today, was there a need to refine its plot for children. Notwithstanding the successive editions, even the current versions, considered appropriate for children, still retain traces of the most violent past of bedtime stories.

Thus, by bringing a point of view of the criminal law on a subject already debated in works from other areas of knowledge, the objective is to prove that, from the “once upon a time” to the predictable “happily ever after”, the stories were - and to a lesser extent they still are - rife with crime. To this end, the versions of four classic short stories written between the seventeenth and nineteenth centuries by Brothers Grimm and Giambattista Basile will be analyzed. Thus, it is intended to identify problem situations and, from the description provided by history, proceed to its capitulation in the relevant articles in the Brazilian Penal Code.

**Keywords:** fairy tales. Criminal law.

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela UFMG. Pós-Graduada em Direito e Processo Penal pela EBRADI. Endereço eletrônico: nadjaps2011@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Os contos de fadas exercem tamanho fascínio em adultos e crianças, que hoje constituem objeto de estudo não só da literatura e história, mas também de áreas como a psicanálise e o direito. Bruno Bettelheim, em “A psicanálise dos contos de fadas”<sup>2</sup> vê neles uma finalidade terapêutica essencial à formação do indivíduo. Através da natureza irreal dos contos de fadas, a criança é apresentada a situações que ilustram seus conflitos mais íntimos, sugerindo delicadamente uma maneira de resolvê-los, ao mesmo tempo em que oferece o conforto de um final feliz.

Por outro lado, na seara jurídica, verifica-se a preponderância das aulas expositivas no ensino do direito, que, embora de extrema importância, por vezes são insuficientes para despertar o interesse do aluno, que se vê como mero espectador. Neste sentido, a introdução de métodos participativos de ensino permite ao estudante envolver-se ativamente no processo de aprendizagem, orientado pelo professor.<sup>3</sup> Uma das alternativas ao modelo de aulas meramente expositivas, é seu complemento com a introdução do método de caso, que consiste na análise de casos reais, típico de países do sistema *common law*. No entanto, para sua implementação no ensino jurídico brasileiro é preciso considerar a matriz romano-germânica e a menor relevância dos precedentes como fonte de direito em detrimento da lei.

Neste ponto, Zitscher propõe o uso do método de caso de maneira adaptada ao ensino jurídico brasileiro, tendo em conta suas aproximações e distanciamentos do modelo alemão e dos países de *common law*. Neste método, é possível conciliar aula expositiva e análise de casos hipotéticos e reais, extraídos de julgados, preferencialmente, dos Tribunais Superiores.

Devem ser adotados casos simples, que permitam ao aluno identificar facilmente as estruturas do tema do direito tratado durante a aula.

Deste modo, o presente trabalho propõe o uso de trechos dos contos de fadas como casos hipotéticos, de modo que os alunos, sob orientação do professor, identifiquem condutas relevantes para o direito penal neles descritas. Sempre que possível, os contos serão associados a casos reais extraídos da jurisprudência.

---

<sup>2</sup> BETTELHEIM, B. **A psicanálise dos contos de fadas**. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 36- 37.

<sup>3</sup> AMARAL, L. M. Entre cativar e qualificar: os desafios do professor de direito por uma abordagem dos métodos de ensino participativo. **CONGRESSO NACIONAL CONPEDI- DIREITO, EDUCAÇÃO E METODOLOGIAS JURÍDICOS**, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=670f0c94cc5271fe>. Acesso em: 27 nov. de 2019.

A opção pelos contos de fadas justifica-se por dois motivos. O primeiro deles refere-se à simplicidade e clareza com que a história é contada. Por fazerem parte do inconsciente coletivo, em sua essência, os contos são histórias com as quais a maioria das pessoas está familiarizada, nas quais é possível identificar facilmente as condutas criminosas neles descritas.

O segundo motivo pelos quais optou-se pelos contos de fadas para aplicação do método de caso no presente trabalho é a maneira lúdica com que descrevem condutas sobre as quais recaem os debates entre acusação e defesa nos Tribunais.

Já adentrando o âmbito do direito, a título de exemplo destaca-se o trabalho de Rodrigues e Magalhães,<sup>4</sup> que propõe uma análise jurídica e literária do conto Chapeuzinho Vermelho e a influência de suas representações simbólicas na formação do indivíduo.

No presente estudo, adota-se a vertente jurídico-sociológica, uma vez que é abordada a relação entre o direito e outros campos sócio-culturais, compreendendo o fenômeno jurídico no ambiente social estendido<sup>5</sup>. O método de procedimento adotado é a pesquisa bibliográfica, com a coleta de dados da doutrina do direito penal e da jurisprudência.

Deste modo, será analisado o conto “A bela adormecida”, em função da clareza com que os fatos são expostos e da multiplicidade de tipos penais neles identificados.

O trabalho encontra-se estruturado em 3 títulos: no primeiro deles apresenta-se um breve retrospecto da história dos contos de fadas, da passagem da tradição oral às grandes coletâneas de contos, e do contexto do período. Em seguida, é apresentado o método de caso de acordo com a proposição de Harriet Zitscher para sua aplicação no ensino jurídico brasileiro e como os contos de fadas podem ser utilizados como casos para estudo. Após, é analisado o conto proposto, a partir da capitulação penal das condutas neles descritas. Por último, é apresentada a conclusão.

---

<sup>4</sup> MAGALHÃES, E. M.; RODRIGUES, J. A. Chapeuzinhos e lobos maus: percepções jurídicas, estéticas e literárias da violência sexual em chapeuzinho vermelho, de Charles Perrault. **Revista Eletrônica da UNIVAR**. Barra das Garças, v. 1, n. 13, p. 129-135, 2015.

<sup>5</sup> GUSTIN, M. B. S; DIAS, M. T. F. **Curso de iniciação à pesquisa jurídica e à elaboração de projetos**. 2ª ed. Belo Horizonte: NIEPE, 2001, p. 22-23.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1. Breve história dos contos de fadas

Os contos de fadas se difundiram pela Europa através da tradição oral, impulsionados por sua publicação em grandes coletâneas, já no século XIX<sup>6</sup>. Antes de se voltarem para o entretenimento infantil, os contos populares destinavam-se ao público adulto. De fato, Philippe Ariès esclarece que até mesmo o conceito de infância é tardio, surgindo por volta do século XIV, enquanto que as histórias já existiam, pelo menos, desde o século XII<sup>7</sup>. Assim, só com a evolução do conceito de infância para algo próximo do que hoje se conhece, é que houve uma necessidade de refinar sua trama para os pequenos<sup>8</sup>.

Neste sentido, Hueck<sup>9</sup> destaca o notável empenho de Wilhelm Grimm em expurgar de suas histórias qualquer trecho considerado indecente ou violento demais para seus leitores. Não obstante as sucessivas tentativas de polir os detalhes mais grosseiros, mesmo as versões atuais, consideradas adequadas à mente infantil, guardam ainda resquícios de um passado mais violento.

Foi também a partir do século XIX que os contos de fadas se tornaram objeto de enfoque de outros campos dos estudos, o que inspirou a classificação dos contos de acordo com seus temas. Antti Aarne foi um folclorista finlandês que, em 1910, publicou a primeira versão do mais conhecido sistema de classificação de contos que, em 1928, viria a ser traduzido e ampliado pelo norte-americano Stith Thompson. Nascia então o sistema de classificação Aarne-Thompson, identificado pelas iniciais AT.

Os esforços dos dois estudiosos culminaram na distinção dos contos de acordo com quatro unidades temáticas principais: contos de animais (299 primeiras histórias), contos de fadas propriamente ditos (contos de número 300 à 1199), facécias ou anedotas (1200-2933) e o grupo de tipos sem classificação (2400-2499), que, por sua vez, subdividiam-se em grupos menores. Os contos de fadas propriamente ditos, por exemplo, são classificados em: "contos de fadas ou de encantamento", "contos de fadas legendários ou religiosos", "contos de fadas novelísticos" e "contos de fadas sobre o gigante, ogro ou diabo logrados".

---

<sup>6</sup> DARNTON, R. **O grande massacre de gatos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986, p. 32.

<sup>7</sup> DARNTON, op. cit., 1986, p. 23.

<sup>8</sup> ARIES, P. **História social da criança e da família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006. 279p.

<sup>9</sup> HUECK, K. **O lado sombrio dos contos de fadas – As origens sangrentas das histórias infantis**. São Paulo: Abril. 2016.

Por exemplo, a história de João e Maria, portanto, é considerada um conto de fadas propriamente dito (300-1199), mais especificamente como contos de fadas ou de encantamento (300-749) e, finalmente, como contos com opositor sobrenatural (300-399).

Deste modo, verifica-se que os contos de fadas têm sido objeto de estudo de diferentes disciplinas ao longo dos séculos, o que permitiu conservar conhecimentos sobre suas versões mais antigas, além de catalogar algumas das variações de cada história. Além disso, é possível compreender como as histórias refletem muito do contexto e do modo de vida no período em que foram escritas.

## 2.2. O método de caso aplicado ao ensino jurídico brasileiro

A partir de sua experiência como docente na Alemanha e professora visitante no Brasil<sup>10</sup>, Harriet Zitscher surpreendeu-se com o aparente desinteresse no emprego de casos concretos no ensino jurídico brasileiro, em detrimento do que ocorre em seu país de origem. Assim, sugere o uso do método de caso, adaptado para uma modalidade de ensino baseada nas aulas expositivas. A partir deste método, propõe-se a análise de condutas descritas nos contos de fadas sob a ótica do direito penal.

Antes, porém, é preciso retroceder e compreender melhor as aproximações e distanciamentos o ensino jurídico alemão do brasileiro e como estas características se relacionam com a divisão do direito em sistemas, ou famílias<sup>11</sup>.

A família *Common Law* integra o direito inglês e aqueles que se moldaram a partir deste, como Estados Unidos e Índia. Originou-se a partir da aplicação do direito caso a caso pelo juiz, o que ainda hoje garante à jurisprudência o papel de principal fonte do direito nestes países. Trata-se de um direito jurisprudencial (*case law*), cuja regra é menos abstrata que a do direito da família romano-germânica, visando a solução de um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro<sup>12</sup>.

Para Zitscher, a aplicação do direito neste sistema segue o método de raciocínio indutivo, pelo qual o juiz “formula a regra a ser aplicada ao caso *sub judice* através da análise

---

<sup>10</sup> Harriet Christiane Zitscher foi professora visitante do Programa DAAD/CAPES na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutora em Direito pela Universidade de Hamburgo, Alemanha.

<sup>11</sup> Zitscher refere-se à classificação dos sistemas do direito contemporâneo em famílias, proposta por René David. A divisão tem fins didáticos, considerando as características essenciais de “três grupos do direito que, no mundo contemporâneo, ocupam uma situação proeminente: família romano-germânica, família da *common law* e família dos direitos socialistas”. Ver DAVID, René. **Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 3ª Ed. P 16-17.

<sup>12</sup> DAVID, R. **Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 3ª Ed. P 16, 17, 331, 332.

de casos anteriores sobre a mesma matéria”. Isto se reflete no método de ensino jurídico adotado nas universidades, sobretudo no sistema inglês. Grande parte do ensino nesses países consiste em: “analisar, entender e saber de cor os casos mais importantes em cada matéria. As provas universitárias contêm uma quota considerável de casos práticos que devem ser solucionados pelos candidatos”<sup>13</sup>.

Por outro lado, nos países de matriz Romano-Germânica reúne países com direitos distintos, mas que reconhecem a função primordial da Lei. Para René David, neste sistema “os códigos apenas representam, para os juristas, um ponto de partida, não um resultado; por isto se distinguem com clareza das compilações (*consolidation*, códigos de tipo americano) que se encontram nos países de *common law*”<sup>14</sup>.

Nesta família, o ensino jurídico baseia-se no método dedutivo, fundamentado no silogismo: parte-se de uma premissa mais ampla, para uma mais restrita e culmina numa conclusão particular sobre o assunto. A desvantagem deste método é a maior abstração do conteúdo, que pode dificultar a aprendizagem do aluno<sup>15</sup>.

Não obstante as características fundamentais que unem os sistemas jurídicos alemão e brasileiro numa mesma família, o sistema germânico aproxima-se mais do *common law* quanto à importância dada ao caso concreto no ensino universitário e formação profissional, pontua Zitscher<sup>16</sup>. Esclarece ainda que “(...) quando postos diante desse método, sentem dificuldades em acompanhar o raciocínio do expositor. Depois de algum tempo, porém, acostumam-se e a maioria afirma que assim aprende melhor”<sup>17</sup>.

Em seguida, propõe o uso do raciocínio dedutivo através de seis passos essenciais para implementação do método do caso nas aulas de direito nas faculdades brasileiras:

- 1º. Escolher um caso simples, em que só se mostra a estrutura do tema direito (normalmente um caso teórico, construído);
- 2º. Apresentar a principal norma legal.
- 3º. Apresentar a doutrina geral básica (sua história, o sistema e a estrutura da área de Direito, a posição da norma mencionada no 2º. Passo do sistema);
- 4º. Varia o caso do 1º. Passo para mostrar um problema clássico do tema; 5º. Expor a solução oferecida pela lei;
- 6º. Apontar as incertezas da lei; ou apresentar uma versão do caso – aqui pode ser um caso concreto, escolhido na jurisprudência existente sobre o tema – que não pode ser solucionado diretamente através da aplicação da lei;

---

<sup>13</sup> ZITSCHER, H. C. **Metodologia do Ensino Jurídico com Casos**: Teoria & Prática. Del Rey: Belo Horizonte. 2004. 1ª Ed. P. 26.

<sup>14</sup> DAVID, op. cit., 1996, p. 110-111.

<sup>15</sup> ZITSCHER, op. cit., 2004, p. 26, 30.

<sup>16</sup> ZITSCHER, op. cit., 2004, p. 30, 33, 34.

<sup>17</sup> ZITSCHER, op. cit., 2004, p. 21.

7º. Apresentar a solução (as soluções) dada no acórdão (este passo pode conter a análise profunda de várias sentenças, com possível referência aos fatos de cada uma e/ou descrição do desenvolvimento histórico);  
8º. Apresentar a solução (as soluções) da doutrina específica.  
Se houver necessidade, os *passos* 4º - 8º podem ser repetidos, enfatizando-se outros aspectos do tema.<sup>18</sup>

Isto posto, objetiva-se sugerir o uso dos contos de fadas na elaboração de casos hipotéticos a serem analisados através dos passos propostos por Zitscher. A opção pelos contos de fadas justifica-se por dois motivos. O primeiro deles refere-se à simplicidade e clareza com que a história é contada. Por fazerem parte do inconsciente coletivo, em sua essência, os contos são histórias com as quais a maioria das pessoas está familiarizada, nas quais pode-se facilmente identificar a estrutura do direito. Toma-se como exemplo, o seguinte trecho extraído do conto Rapunzel, na versão dos Irmãos Grimm:

Era uma vez um casal que há muito tempo desejava inutilmente ter um filho. Os anos se passavam, e seu sonho não se realizava. Afinal, um belo dia, a mulher percebeu que Deus ouvira suas preces. Ela ia ter uma criança!

Por uma janelinha que havia na parte dos fundos da casa deles, era possível ver, no quintal vizinho, um magnífico jardim cheio das mais lindas flores e das mais viçosas hortaliças. Mas em torno de tudo se erguia um muro altíssimo, que ninguém se atrevia a escalar. Afinal, era a **propriedade de uma feiticeira muito temida e poderosa**.

Um dia, espiando pela janelinha, a mulher se admirou ao ver um canteiro cheio dos mais belos pés de rabanete que jamais imaginara. As folhas eram tão verdes e fresquinhas que abriram seu apetite. E ela sentiu um enorme desejo de provar os rabanetes.

A cada dia seu desejo aumentava mais. Mas ela sabia que não havia jeito de conseguir o que queria e por isso foi ficando triste, abatida e com um aspecto doentio, até que um dia o marido se assustou e perguntou:

- O que está acontecendo contigo, querida?

- Ah! - respondeu ela. - Se não comer um rabanete do jardim da feiticeira, vou morrer logo, logo!

**O marido**, que a amava muito, pensou: "Não posso deixar minha mulher morrer... Tenho que conseguir esses rabanetes, custe o que custar!" **Ao anoitecer**, ele **encostou uma escada no muro, pulou para o quintal vizinho, arrancou apressadamente um punhado de rabanetes e levou para a mulher**.<sup>19</sup>

Identifica-se facilmente todos os elementos necessários para compreensão da conduta penalmente típica. O marido que desejava satisfazer os desejos da esposa grávida (autor), a poderosa feiticeira (vítima), o objeto material (rabanetes) e ainda as circunstâncias em que ocorrem os fatos (período noturno e mediante escalada ao pular o muro) e o tipo penal do art. 155, §1º e §4º, II.

<sup>18</sup> ZITSCHER, H. C. **Metodologia do Ensino Jurídico com Casos**: Teoria & Prática. Del Rey: Belo Horizonte. 2004. 1ª Ed., p. 49-50.

<sup>19</sup> RAPUNZEL. Um conto de fadas dos Irmãos Grimm. **Contos de Grimm, 2019**. Disponível em: [https://www.grimmstories.com/pt/grimm\\_contos/rapunzel](https://www.grimmstories.com/pt/grimm_contos/rapunzel). Acesso em 19 nov. de 2019. (Grifo nosso).

O segundo motivo pelos quais optou-se pelos contos de fadas para aplicação do método de caso no presente trabalho é a maneira lúdica com que descrevem condutas sobre as quais recaem os debates entre acusação e defesa nos Tribunais. Bárbara S. Costa<sup>20</sup> propõe:

- 1) relatar o caso como uma história, com enredo como em um texto literário;
- 2) preferir casos recentes, de repercussão midiática;
- 3) pode-se incluir declarações de pessoas envolvidas, a fim de enriquecer o enredo e fornecer mais informações a respeito do caso;
- 4) utilizar casos viáveis, para que o aluno saiba que em algum momento de sua carreira pode vir a enfrentar situações semelhantes;
- 5) requerer uma solução para um problema prático;
- 6) apresentar o trabalho oralmente ou por escrito.

Tratando de um caso escolhido da jurisprudência, Harriet Zistcher sugere sua adaptação de modo que se torne mais atraente aos olhos dos estudantes. O novo caso, construído a partir de um julgado real, “não só contém mais fatos do que o acórdão, mas também é um pouco mais ‘colorido’, técnica sempre útil para captar a atenção dos alunos e para ajudá-los a memorizar a matéria”.<sup>21</sup> Deste modo, os contos de fadas são uma versão mais “colorida” do que ocorre todos os dias na prática do direito penal, podendo, inclusive, fazer um paralelo com casos semelhantes da jurisprudência, de modo a demonstrar sua semelhança com situações reais.

Apresentado o caso (*1º* passo), passa-se à norma principal aplicável ao caso (*2º* passo), que, no caso em comento, é o artigo 155 do Código Penal. Em seguida, indica-se a **estrutura da norma aplicável** ao caso: Título II do Código Penal (Dos crimes contra o patrimônio), especificamente o Capítulo I (Do furto) e ainda a **doutrina geral básica** (*3º* passo). A **variação do problema** possibilita explorar outras hipóteses ligadas ao tema e não disponíveis na história original (*4º* passo). Deste modo, abranger-se qualificadoras, causas de aumento e diminuição de pena, além do disposto no artigo 156, que trata da figura do furto de coisa comum. No caso dado como exemplo, um possível concurso entre agentes, se a esposa tivesse participado do delito.

Só então é apresentada a **solução oferecida pela legislação penal**, de modo semelhante ao dispositivo de uma sentença (*5º* passo). No item seguinte, sugere-se, se possível, a **apresentação de um caso da jurisprudência cuja solução se dá mediante a aplicação de uma construção doutrinária**, como é o caso da absolvição pela atipicidade da

---

<sup>20</sup> COSTA, B. S. B. **Saberes propedêuticos e formação do bacharel em direito no Brasil: (Re)pensando a educação jurídica a partir das percepções discentes e docentes.** Dissertação. Tese (Doutorado em Direito) – UNISINOS. São Leopoldo, p. 329. 2013.

<sup>21</sup> ZITSCHER, Harriet Christiane. **Metodologia do Ensino Jurídico com Casos: Teoria & Prática.** Del Rey: Belo Horizonte. 2004. 1ª Ed. P. 41.

conduta através da aplicação do princípio da insignificância (6º passo). Após, propõe-se a exposição dos **fundamentos da decisão no caso concreto** e eventuais divergências de entendimento da jurisprudência (7º passo). Por último, recomenda-se a sugestão de leitura de material complementar da doutrina, como artigos acadêmicos ou livros sobre o tema (8º passo).

Por mais que se possa variar a história de modo a abranger temas correlatos, ou ainda relacionar o conto a casos reais, é certo que o modelo proposto não se adapta ao ensino de todos os temas do direito penal, pois limita-se às condutas contidas no enredo. Por exemplo, a equiparação da energia elétrica à coisa móvel prevista no §3º, do art. 157, do Código Penal não é abarcado pelas condutas passíveis de serem ilustradas com exemplos extraídos dos contos de fadas.

### 2.3. Análise dos contos de fadas

Neste capítulo será analisado o conto “A Bela Adormecida” de acordo com os oito passos propostos por Zitscher<sup>22</sup>. A escolha desta história se deu em função da clareza com que os fatos são expostos e da multiplicidade de tipos penais neles identificados.

#### 2.3.1. A Bela Adormecida

Sabe-se que além das alterações sofridas pelos contos através de sua difusão através da tradição oral, seguiram-se ainda diversas versões escritas. Assim, para a primeira história analisada, optou-se por “Sol, Lua e Tália”, versão de Giambattista Basile para a história popularmente conhecida como “A Bela Adormecida” por conter mais condutas passíveis de serem analisadas sob o ponto de vista criminal.

A primeira coletânea de contos populares foi produzida por Basile e publicada postumamente em 1634, sob o título de *Pentamerão*, uma referência ao *Decamerão*, de Boccaccio. Apelidado de “o pai dos contos”, o escritor napolitano foi o responsável pelas versões escritas mais antigas de contos como *Cinderela*, *Branca de Neve*, e *A bela adormecida*.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Ver nota nº 15.

<sup>23</sup> LOMBARDI, A. **O pai dos contos: "Lo cunto de li cunti. O trattenimiente de li peccerille (Pentamerone)" de Giambattista Basile.** Anu. Lit., Florianópolis, v. 20, n. Esp 1, p. 51-74, 2015. ISSN 2175-7917. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/literatura/article/view/2175-7917.2015v20nesp1p51>. Acesso em: 10 de set. de 2017.

A escrita de Basile, rica em referências sexuais e violência, pode soar incômoda a ouvidos habituados à versão infantil produzida pela Disney, “*A bela Adormecida*”, de 1959. No entanto, é em “Sol, Lua e Tália” que a história parece se aproximar mais da forma com que era narrada por camponeses séculos antes.

Nesta variante do conto a princesa se chama Tália, mas a profecia que recebe logo ao nascer se assemelha bastante a de Aurora, da primeira adaptação para o cinema. Da mesma forma que nas outras versões, o rei proíbe que entrem em sua casa fusos, linho, ou qualquer tecido similar que colocasse em risco o futuro da filha.

Sua prudência acaba por ser inútil diante da curiosidade da filha, que já crescida, avista da janela do castelo uma velha com um fuso e ordena que subisse até lá, para que ela pudesse aprender a fiar. Como era de se esperar, uma farpa de linho entra sob sua unha e faz com que ela morra no mesmo instante. Diferente de *A Bela Adormecida*, aqui não há uma preocupação em explicar a morte repentina como consequência da maldição por uma fada rancorosa. É a sorte que determina os rumos do enredo.

Sobre essa aparente despreocupação com a fantasia, Cardoso<sup>24</sup> explica que a vida das pessoas no campo era repleta de “acontecimentos inexplicáveis, de mortes casuais e o homem daquela época provavelmente estava habituado a não ter controle sobre os acontecimentos da vida e, principalmente, da morte”. Talvez não houvesse fadas nos contos de Basile, simplesmente porque não precisassem delas para fazer sentido. Desolado, com a morte súbita da princesa, o rei colocou seu corpo numa poltrona sob um dossel e todos os moradores abandonam o lugar.

Depois de algum tempo, andava um rei à caça por aqueles lugares, e tendo-lhe fugido um falcão, que voou para a janela daquela casa e não atendia aos chamados, fez bater à porta, acreditando que a casa fosse habitada. Mas, após ter batido em vão por um longo tempo, o rei, tendo mandado buscar uma escada de um vinhateiro, quis subir pessoalmente à casa e ver o que acontecia lá dentro. Após subir e entrar, ficou pasmado ao não encontrar viva alma; e, por fim, chegou à câmara onde jazia Tália, como que encantada.

O rei, acreditando que ela dormia, chamou-a. Mas, **como ela não voltava a si** por mais que fizesse e gritasse, e, ao mesmo tempo, **tendo ficado excitado por aquela beleza**, carregou-a para um leito e **colheu dela os frutos do amor**, e, deixando-a estendida, voltou ao seu reino, onde por um longo tempo não se recordou mais daquele assunto.

Depois de nove meses, Tália deu à luz a um par de crianças, um menino e uma menina, duas jóias resplandecentes que, guiadas por duas fadas que apareceram no palácio, foram por elas colocados nos seios da mãe. E uma vez que as crianças, querendo mamar, não encontravam o mamilo, puseram na boca justamente aquele

---

<sup>24</sup> SOUZA, B. C. B. De Basile a Disney: uma comparação entre Sol, Lua e Tália e A Bela Adormecida. *Literartes*, n. 2, p. 65-75, 13 out. 2013. P. 74.

dedo que tinha sido espetado pela farpa e tanto o sugaram que acabaram por retirá-la.<sup>25</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, a conduta praticada pelo Rei adequa-se ao tipo penal descrito no parágrafo 1º, do artigo 217-A do Código Penal, que estabelece:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, **por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência**.<sup>26</sup>

Assim, sozinha e num sono profundo, Tália (vítima e objeto material do crime) se encontrava num estado de vulnerabilidade tal que era incapaz de oferecer resistência aos avanços lascivos do rei (sujeito ativo).

Trata-se de crime doloso e, como em todos os crimes do capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, há ainda o elemento subjetivo específico: o intuito de satisfazer a própria lascívia. Por ser crime material, exige resultado naturalístico, consistente na lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja a liberdade sexual da vítima, efetivada com a prática de conjunção carnal.

Pode parecer ingênuo analisar as condutas praticadas num enredo fantástico, mas, infelizmente, acontecimentos assim não estão distantes da realidade. Basta uma breve pesquisa sobre o tema na jurisprudência de qualquer Tribunal de Justiça brasileiro para se deparar com casos como profissionais da área da saúde que estupram pacientes desacordados. Isto quando a vítima não é “posta para dormir”<sup>27</sup> de propósito.

Um golpe conhecido por reduzir a capacidade de resistência da vítima com o intuito de praticar crimes contra o patrimônio ou até mesmo crimes sexuais, leva o nome de “boa noite cinderela”. Ironicamente, um conto de fada com o qual guarda menos afinidade. O que há de mais sombrio nestes contos de fadas está estampado, todos os dias, nos noticiários.

---

<sup>25</sup> VOLOBUEF, K. **A Bela Adormecida**. Volobuef. Disponível em: [volobuef.tripod.com/tr\\_dornroeschen.htm](http://volobuef.tripod.com/tr_dornroeschen.htm). Acesso em 19 nov. de 2019.

<sup>26</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.48, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 02 mar. de 2017.

<sup>27</sup> O “boa noite Cinderela” consiste no emprego de que enseja sonolência, e reduz ou cerceia totalmente a capacidade de resistência da vítima. Ver (TJMG. Apelação Criminal 1.0672.03.114750- 3/001. Rel. Des. Rubes Gabriel Soares. 6ª CACRI. Julgamento: 13/05/2014. Publicação: 22/05/2014).

Em 2016, por exemplo, um homem foi condenado a mais de dezoito anos de reclusão, por praticar atos libidinosos contra vítima menor de idade, enquanto esta dormia. Neste sentido, colacionamos o acórdão da decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - CONFLITO APARENTE DE NORMAS - ESTADO DE SONOLÊNCIA - PRESUNÇÃO - PALAVRA DA VÍTIMA - PROVA TESTEMUNHAL - PENA-BASE - VALORAÇÃO DOS REFERENCIAIS - CAUSA DE AUMENTO DA PENA - REFORMATIO IN PEJUS - PROIBIÇÃO.

- Na hipótese de continuidade delitiva, vigente nova regra penal, e em permanecendo a prática criminosa, impõe-se sua eficácia no caso concreto, mesmo sendo mais rigorosa.

- É considerada vulnerável, para fins do artigo 217-A, §1º do Código Penal, **a pessoa que, mesmo maior de catorze anos e sem qualquer enfermidade ou deficiência mental, não pode, por qualquer outra causa, como durante o sono, oferecer resistência à prática do ato sexual que contra ela é realizado.**

- Nos crimes contra a dignidade sexual, geralmente cometidos na clandestinidade, os relatos coerentes da vítima, ainda mais quando endossados pela prova testemunhal, comprovam a prática do delito.

- As circunstâncias genéricas, próprias do delito, não podem ser valoradas em desfavor do condenado na fixação da pena-base, pois já foram consideradas pelo legislador quando da criação do tipo penal e na consequente cominação das sanções.

- A análise favorável dos referenciais do art. 59 do Código Penal impõe a fixação da pena-base no quantum mínimo legal cominado.<sup>28</sup>

Porém, os horrores do conto de Basile não param por aí. Passados nove meses e ainda desacordada, a jovem dá à luz a um casal de gêmeos: Sol e Lua. Famintos e não encontrando o seio da mãe, um dos bebês morde justamente o dedo espetado e ao sugá-lo, retira a farpa. A princesa, que não estava morta, mas apenas adormecida, acorda e não entende nada do que está acontecendo.

Observamos que a consequência do estupro da Bela Adormecida, também teria um reflexo no Código Penal. Trata-se da causa de aumento de pena, prevista para todos os crimes previstos no Título VI – Dos crimes contra a dignidade sexual:

Aumento de pena

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I - (VETADO);

II - (VETADO);

**III - de metade, se do crime resultar gravidez;**

IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Em seguida, por caso, o rei se recorda de sua aventura e aproveitando que caçava na região, resolve visitar Tália. Ao encontrá-la com as duas crianças, sente-se muito contente! Após contar à jovem quem é e o que havia feito, os dois desenvolvem uma grande amizade.

---

<sup>28</sup> TJMG. Apelação Criminal: 1.0313.11.005901-8/001. Rel. Des. Cássio Salomé. 7ª CACRI. Data de Julgamento: 06/10/2016. Data da publicação da súmula: 14/10/2016.

Mas o rei precisava voltar para suas terras e quando o fez, não parava de falar de Tália, Sol e Lua com a rainha, sua esposa. Depois de tanta maldade, não é de surpreender eu rei fosse também um adúltero: sorte a dele que o crime de adultério foi revogado em 2005, pela Lei 11.106.

Outra diferença da versão de Basile, é que a vilã da história não é uma madrasta malvada, e sim a ciumenta rainha que, enfurecida tramou um diabólico plano de vingança, auxiliada pelo secretário do rei. Destaque para a linguagem floreada de Basile:

Escute, meu filho, você está entre Cila e Caribde, entre o batente e a porta, entre a grade e a tranca. Se você me disser de quem meu marido está enamorado, eu o farei rico; e, **se me esconder a verdade, farei com que nunca mais o encontrem, nem morto, nem vivo**". E este, de um lado transtornado pelo medo, de outro levado pelo interesse, que é uma faixa sobre os olhos da honra e da justiça, um estorvo para a fidelidade, contou-lhe tudo tintim por tintim.<sup>29</sup>

Diante de tão contundente proposta, é fácil imaginar qual das duas opções o sujeito escolheu. Conclui-se, então, que houve delito de ameaça, previsto no artigo 147, do Código Penal:

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:  
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.  
Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Neste caso, o termo "ameaçar", significa "procurar intimidar alguém, anunciando-lhe um mal futuro, ainda que próximo"<sup>30</sup>. O tipo subjetivo é composto pelo dolo e o fim especial de agir da rainha, o intuito de intimidar o secretário.

Já a expressão "mal injusto e grave", indica o elemento objetivo normativo do tipo. Isso porque, para compreendermos seu significado, precisamos fazer um juízo de valor sobre o que seria algo nocivo à vítima e a ideia de "desaparecer", vinda de uma mulher muito poderosa, para os padrões da época, foi o suficiente para fazer com que o secretário se sentisse atemorizado. Isto aponta para outro requisito importante para a configuração deste delito, é que a vítima se sinta efetivamente ameaçada. E pelo desenrolar da história, foi isso o que aconteceu.

Temendo pela própria vida, o secretário não só revelou a identidade da amante do rei, como também fez boa parte do serviço sujo do plano. É possível que a promessa de uma recompensa tenha sido um incentivo extra: não resta claro se agiu coagido pela ameaça ou por interesse financeiro.

---

<sup>29</sup> VOLOBUEF, K. **A Bela Adormecida**. Volobuef. Disponível em: [volobuef.tripod.com/tr\\_dornroeschen.htm](http://volobuef.tripod.com/tr_dornroeschen.htm). Acesso em 19 nov. de 2019.

<sup>30</sup> NUCCI, G. S. **Código Penal Comentado**. Gen: Rio de Janeiro. 2017. 17ª ed. P. 518.

A mando da rainha, o secretário foi buscar Sol e Lua, tendo enganado Tália para que ela pensasse que era o rei quem os queria ver.

Mas a rainha traída queria que o marido fizesse mais do que *ver* os filhos. Assim que chegaram, mandou que cozinhassem os bebês fossem servidos durante o jantar. Assim como a Bruxa em João e Maria, a rainha também comia criancinhas. A sorte dos pequenos foi a compaixão do cozinheiro, que decidiu poupar-lhes a vida, tendo abatido dois cabritos em seu lugar.

As desventuras da protagonista continuam, desta vez com um homicídio que só não se consumou, por circunstâncias alheias à vontade da agente. Insatisfeita, a vilã ordenou ainda que o secretário do rei trouxesse até ela a própria Tália.

Ao se deparar com a beleza da rival, deu início a uma série de improperios que não se lê nas versões infantis do conto: “Seja bem vinda, senhora Troccola! Você é aquele tecido delicado, aquela boa relva com que meu marido se delicia? Você é aquela cadela malvada que me trouxe tantas dores de cabeça?”<sup>31</sup> Em seguida, mandou que acendessem uma fogueira a fim de queimá-la viva.

Desconsolada, a princesa implorou para que, ao menos, suas vestes fossem poupadas. Muito interessada na quantidade de pérolas e ouro que revestiam as roupas da vítima, a rainha nem desconfiou do estranho pedido. Porém, para cada peça que retirava, Tália soltava um grito.

É interessante observar que, no século XVII, quando o Pentamerão foi publicado, a indumentária feminina era composta de manto, blusão de linho, espartilho, mangas bufantes e saia, além de várias anáguas. Tudo isso era sustentado pelo *farthingale*, uma estrutura de ferro que as mulheres usavam na altura dos quadris. Deste modo, Tália teve tempo de clamar por socorro.

Tanta gritaria acabou por chamar a atenção do rei, que se deparou com Tália seminua sendo arrastada para o fogo, mediante ordens e supervisão de sua esposa.

O inciso II, artigo 14, do CP traz a definição de crime tentado e prevê uma causa de diminuição de pena, em relação ao delito consumado:

Art. 14 - Diz-se o crime:

**Tentativa**

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

**Pena de tentativa**

---

<sup>31</sup> VOLOBUEF, K. **A Bela Adormecida**. Volobuef. Disponível em: [volobuef.tripod.com/tr\\_dornroeschen.htm](http://volobuef.tripod.com/tr_dornroeschen.htm). Acesso em 19 nov. de 2019. P. 3.

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Nos termos do artigo 29, do Código Penal, o crime é cometido em coautoria entre a rainha e o secretário, qualificado em relação à primeira em função do motivo torpe (vingança), e ao segundo, pela promessa de recompensa. Houve ainda emprego de fogo e dissimulação, uma vez que Tália foi levada até o local do crime acreditando ter sido chamada pelo rei.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

A chegada do rei ocorreu num momento oportuno ainda por outro motivo. Além de ter salvado Tália, o rei chegou a tempo de escutar sua esposa dizer que, sem saber, ele havia devorado os próprios filhos. Desesperado, ordenou que atirassem a rainha e o secretário à mesma fogueira que haviam preparado para Tália.

Aparece na trama, mais uma vez, a figura do homicídio através da fogueira, desta vez, consumado. O crime é qualificado, nos termos do art. 121, §2º, incisos I e III, do CP.

Mas como poderia o rei exigir uma moralidade de comportamento do empregado se ele mesmo não a demonstrava? Apesar de receber um final feliz junto de sua nova família, o rei também era um vilão da história.

Cardoso sugere uma “marca social da época indicando que o rei, superior ao secretário, não seria contestado em suas ações e este último deveria agir com honra e lealdade a seus superiores”.<sup>32</sup>

Além do triste fim do secretário, o rei estava prestes a se livrar também do suposto cozinheiro dos bebês, quando este tratou de explicar o mal entendido. Por seus atos, o cozinheiro foi promovido, as crianças trazidas para junto do pai e Tália tomada como esposa pelo rei.

O final feliz, após tantos obstáculos, pune os maus e recompensa os “bons”. Note-se, que diferente dos outros vilões, que arderam nas chamas da fogueira, como não era incomum

---

<sup>32</sup> SOUZA, B. C. B. **De Basile a Disney: uma comparação entre Sol, Lua e Tália e A Bela Adormecida**. Literartes, n. 2, p. 65-75, 13 out. 2013. P. 72.

na Europa medieval, o rei é recompensado. Isto se deve ao simples fato de que ele não é considerado um vilão. O estupro de vulnerável é tratado com tanta naturalidade quanto o beijo roubado da Bela Adormecida das versões posteriores.

O último trecho diz muito sobre o máximo que uma mulher poderia esperar obter da vida na Idade Média e enfatiza a sorte de Tália: “gozou uma longa vida com o marido e os filhos, aprendendo que de um modo ou de outro *aquele que tem sorte, o bem mesmo dormindo, obtém*”.<sup>33</sup>

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho apresentou uma proposta de utilização do método de caso em complemento às aulas meramente expositivas das disciplinas de direito penal. Através dos passos sugeridos por Zitscher, objetiva-se que o aluno participe ativamente do processo de aprendizado.

Já a opção pelos contos de fadas garante sua implementação através de casos simples, mas que ao mesmo tempo despertem o interesse dos alunos. Afinal, estas histórias estão presentes desde as primeiras leituras da infância, mas dificilmente são vistas sob a ótica do direito penal.

Deste modo, a abordagem inicial dos temas de direito penal nos casos hipotéticos, de maneira simplificada, pode dar lugar a incursões mais aprofundadas nos temas, com variações do caso concreto, abordagem de divergências doutrinárias e sua associação com decisões prolatadas em casos reais.

Espera-se que os apontamentos desenvolvidos neste trabalho possam ser colocados em prática em aulas de direito penal ou mesmo em atividades de monitoria, para que traga uma contribuição prática para o ensino jurídico.

---

<sup>33</sup> VOLOBUEF, K. **A Bela Adormecida**. Volobuef. Disponível em: [volobuef.tripod.com/tr\\_dornroeschen.htm](http://volobuef.tripod.com/tr_dornroeschen.htm). Acesso em 19 nov. de 2019. P. 3-4.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, L. M. Entre cativar e qualificar: os desafios do professor de direito por uma abordagem dos métodos de ensino participativo. **CONGRESSO NACIONAL CONPEDI-DIREITO, EDUCAÇÃO E METODOLOGIAS JURÍDICOS**, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=670f0c94cc5271fe>. Acesso em: 27 nov 2019.

ARIES, Philippe. **Historia social da criança e da família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

BETTELHEIM, Bruno. **A psicanálise dos contos de fadas**. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 36-37.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 23ª. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 01 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em 01 de dez. de 2019.

COELHO, Nelly Novaes. **O conto de fadas**. Símbolos – Mitos – Arquétipos. Paulinas: São Paulo. 2008. 1ª ed.

COSTA, Bárbara S. **Saberes propedêuticos e formação do bacharel em direito no Brasil: (Re)pensando a educação jurídica a partir das percepções discentes e docentes**. Dissertação. Tese (Doutorado em Direito) – UNISINOS. São Leopoldo, 2013.

COUTINHO, Galeão. SCHMIDT, Afonso. O escritor. **Revista Fundamentos**, número de homenagem a Monteiro Lobato. São Paulo, v. II, 1948. Disponível em: [memoria.bn.br/pdf/102725/per102725\\_1948\\_00004-00005.pdf](http://memoria.bn.br/pdf/102725/per102725_1948_00004-00005.pdf). Acesso em 09 mar. 2018.

DARNTON, Robert. **O grande massacre de gatos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

DAVID, René. **Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 3ª Ed.

GHIDOLIN, C.; SALLES, M. M. Semear a Incerteza: a problematização de casos práticos como método de ensino crítico e transformador do Direito. **Anuário ABEDI**, v. 4, p. 01-63 - 74, 2006.

GUSTIN, M. B. S; DIAS, M. T. F. **Curso de iniciação à pesquisa jurídica e à elaboração de projetos**. 2ª ed. Belo Horizonte: NIEPE, 2001.

HEYWOOD, Colin. **Uma história da infância: da Idade Média à época contemporânea no Ocidente**. Porto Alegre: Artmed, 2004.

HUECK, K. **O lado sombrio dos contos de fadas – As origens sangrentas das histórias infantis**. São Paulo: Abril, 2016.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1942. Vol. 5.

JAGLE, Adolfo. LEFÈVRE, Antonio B. NETO, Tulman, ARAUJO. Alceu M., NEME, Pedro. BARROS, Hugo. Depoimentos. **Revista Fundamentos**, número de homenagem a Monteiro Lobato. São Paulo, v. II, 1948. Disponível em: [memoria.bn.br/pdf/102725/per102725\\_1948\\_00004-00005.pdf](http://memoria.bn.br/pdf/102725/per102725_1948_00004-00005.pdf). Acesso em 09 mar. 2018.

LOBATO, Monteiro. **Novos contos de Grimm**. 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1958.

LOMBARDI, Andrea. **O pai dos contos: "Lo cunto de li cunti. O trattenimiente de li peccerille (Pentamerone)" de Giambattista Basile**. Anu. Lit., Florianópolis, v. 20, n. Esp 1, p. 51-74, 2015. ISSN 2175-7917. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/literatura/article/view/2175-7917.2015v20nesp1p51>. Acesso em: setembro de 2017.

Multilingual Folk Tale Database. Aarne-Thompson-Uther Classification of Folk Tales. Disponível em: [www.mftd.org/index.php?action=atu](http://www.mftd.org/index.php?action=atu). Acesso em 03 mar. 2019.

NEVES Artur. JUNIOR. O Homem. **Revista Fundamentos**, número de homenagem a Monteiro Lobato. São Paulo, v. II, 1948. Disponível em: [memoria.bn.br/pdf/102725/per102725\\_1948\\_00004-00005.pdf](http://memoria.bn.br/pdf/102725/per102725_1948_00004-00005.pdf). Acesso em 09 mar. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Gen: Rio de Janeiro. 2017. 17ª ed. 969 p.

NUCCI, Guilherme. **Vias de fato**. 2016. Disponível em: [www.guilhermenucci.com.br/dicas/vias-de-fato](http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/vias-de-fato). Acesso em 11 mar. 2018. RODRIGUES, Otávio Luiz. **Como se produz um jurista? O modelo norte-americano**. Consultor Jurídico. 22 de julho de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-22/direito-comparado-produz-jurista-modelo-norte-americano-parte-22>. Acesso em 21 nov. de 2019.

SCHIDMIT, Afonso. Literatura. **Revista Fundamentos**, número de homenagem a Monteiro Lobato. São Paulo, v. II, 1948. Disponível em: [memoria.bn.br/pdf/102725/per102725\\_1948\\_00004-00005.pdf](http://memoria.bn.br/pdf/102725/per102725_1948_00004-00005.pdf). Acesso em 09 mar. 2018.

STF. HC n. 84.412-0/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 19/10/2004. Data da publicação: 19/11/2005.

STJ. RHC 92194 / MG. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Órgão julgador: Quinta Turma. Data do julgamento: 08/12/2018. Data da publicação: 21/02/2018.

STJ. Recurso Especial 1524450 / RJ. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Makley da Silva Gonçalves. Terceira Seção. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 14 de outubro de 2015. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

TJMG. Apelação Criminal: 1.0313.11.005901-8/001. Rel. Des. Cássio Salomé. 7ª CACRI. Data de Julgamento: 06/10/2016. Data da publicação da súmula: 14/10/2016.

STJ. HC 299516 / SP. Quinta Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento: 21/06/2018. Publicação: 29/06/2018.

STJ. AgRg no REsp 1773721 / GO. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Julgamento: 11/06/2019. Publicação: 25/06/2019.

TRUSEN, Sylvia Maria. Contos de Grimm e Novos Contos de Grimm: tradução e adaptação em Monteiro Lobato. **Cadernos de Tradução da Universidade Federal de Santa Catarina**. 2016. V. 36, n. 1. 33 p. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/traducao/article/view/2175-7968.2016v36n1p16>. Acesso em 10 mar. 2018.

VOLUBUEF, K. Classificação dos contos de fadas - Antii Aarne / Stith Thompson (AT). Disponível em: [volobuef.tripod.com/page\\_maerchen\\_classificacao.htm](http://volobuef.tripod.com/page_maerchen_classificacao.htm). Acesso em 03 mar 2019.

WARNER, Marina. **Da fera à loira**. Sobre contos de fadas e seus narradores. Companhia das letras: São Paulo. 1999.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Metodologia do Ensino Jurídico com Casos**: Teoria & Prática. Del Rey: Belo Horizonte. 2004. 1ª Ed.

# A SELETIVIDADE CRIMINALIZANTE DE ZAFFARONI APLICADA AO HOMICÍDIO POR AUTO DE RESISTÊNCIA

## *THE SELECTIVITY OF CRIMINALIZATION APPLIED TO THE RESISTANCE TO ARREST HOMICIDE*

Ana Júlia Dayrell Ferreira<sup>1</sup>

### **Resumo**

O presente trabalho objetivou analisar a criminalização em duas dimensões segundo o pensamento do penalista e criminólogo Eugênio Raúl Zaffaroni, estabelecendo, ademais, uma relação teórico-prática sobre o instituto do homicídio por auto de resistência. Com fundamento na literatura especializada sobre o tema, aprofundou-se a explicação sobre a seletividade da criminalização secundária, uma vez que esta se afigura como a mais adequada a ser aplicada aos casos análogos ao ora aqui examinado. Além disso, o estudo reforça a conclusão de que este aspecto do processo de criminalização corrobora para a perpetuação de estereótipos e preconceitos raciais e de classe.

**Palavras-chave:** seletividade criminal. Zaffaroni. Auto de Resistência. Estereótipos.

### **Abstract**

This article aimed to analyze the criminalization in two dimensions according to the penalist and criminologist Eugênio Raúl Zaffaroni, doing, in addition, a theoretical-practical study with the resistance to arrest homicide. Based on specialized literature on the subject, the explanation about the secondary selectivity of criminalization was deepened, since it is better applied to similar cases to the one examined. In addition, the study reinforces the conclusion that this aspect of criminalization supports the perpetuation of racial and social status stereotypes and prejudice.

**Keywords:** criminal selectivity. Zaffaroni. Resistance to Arrest. Stereotypes.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG – Unidade Diamantina. Endereço eletrônico: anajulia\_dayrell@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo promover uma leitura crítica acerca do processo de criminalização em duas dimensões vislumbrada pela compreensão do penalista argentino Eugênio Raúl Zaffaroni. Para tanto, se examina os aspectos teóricos daquela posição em consideração ao instituto do homicídio por auto de resistência, que se afigura como cada vez mais recorrente na atualidade. A teoria desenvolvida pelo citado criminólogo representa uma estratégia epistemológica de compreensão global acerca da expressão do poder punitivo do Estado, desde a criação da lei material até sua efetiva aplicação prática. Cumpre dizer que esta, entretanto, não foi a primeira postura a este respeito, posto que outras teorias se firmaram ao longo da evolução histórica e dogmática das ciências penais. Sobre a organização teórica de argumentos que sustentam e legitimam a intervenção penal é possível citar a vertente consagrada sob a rubrica *Direito Penal do Inimigo*<sup>2</sup>.

Anunciada pelo doutrinador alemão GUNTHER JAKOBS, a Teoria do Direito Penal do Inimigo concebe uma necessidade de vislumbrar o ser humano sob duas categorias distintas. Segundo as bases teóricas desta postura, o *cidadão* se distingue categoricamente da figura do *inimigo*, de modo que a tal diferença justifica um tratamento jurídico (penal e processual penal) igualmente díspar a ser dispensado entre estas duas categorias de indivíduos. Aquele definido como cidadão reúne condições sociais e jurídicas aptas a figurar nesta condição, ao passo que o inimigo se confere um tratamento legal que seja compatível com sua posição de infiel habitual da ordem jurídica. Sua conjectura social de delinquente justifica – conforme a postura aqui exposta – um tratamento jurídico mais severo. Nesse sentido, este último não é considerado um cidadão e nem mesmo um sujeito processual<sup>3</sup>.

Tal teoria é objeto de permanente crítica pela doutrina penal contemporânea, haja vista que seus preceitos e fundamentos violam mandamentos basilares que norteiam as modernas correntes dos Direitos Humanos, bem como a sua oposição frontal aos mais caros princípios constitucionais-penais de garantia. Demais disso, a teoria carece de contornos precisos no que tange à distinção precisa entre a figura do cidadão e do inimigo<sup>4</sup>. Do exposto, cumpre dizer que semelhante postura pode ser examinada em consonância às concepções teóricas acerca do exercício do *jus puniendi* formuladas por Zaffaroni, cujo conteúdo se exhibe como de fundamental importância para o desenvolvimento deste excerto.

---

<sup>2</sup> JAKOBS, 2008, p 25-40.

<sup>3</sup> GRECO, 2005, p. 211-247.

<sup>4</sup> JAKOBS, op. cit.

Destaca-se que, com vistas à compreensão acerca dos custos sociais havidos pela prática do *homicídio por auto de resistência*, cumpre expor aqui os aspectos dogmáticos relativos ao processo de criminalização, com destacada ênfase às suas dimensões e ao seu intrínseco caráter seletivo. Superado isso, aprofundar-se-á no aspecto secundário do processo criminalizante, posto que esta se projeta como a dimensão mais propícia à assimilação das arbitrariedades próprias do aparato repressivo estatal.

Em seguida, esta classificação administrativa usada cada vez mais será esclarecida, assim como seus aspectos positivos e negativos, fazendo uso de dados atuais retirados no Anuário de Segurança Pública. Por fim, alcança-se o objetivo principal deste artigo: comparar a teoria de Zaffaroni, mais especificamente a seletividade da criminalização secundária, com o auto de resistência. Dessa forma, será possível concluir como a subjetividade e estereótipos estão ainda marcantes na sociedade atual e, também, na aplicação do Direito.

## **2 O PODER PUNITIVO SEGUNDO EUGÊNIO ZAFFARONI**

### **2.1 A criminalização em duas dimensões**

Eugênio Raúl Zaffaroni é um jurista e magistrado argentino que, juntamente com Nilo Batista, escreveu a obra “Direito Penal Brasileiro – vol. 1”. Nesta, eles elaboraram uma ideia a respeito da subdivisão da criminalização penal em duas dimensões, uma primária e uma secundária. Dessa forma, é possível entender melhor o caminho que o Direito Penal faz desde a edição da norma penal incriminadora até a sua efetiva aplicação concreta.

A *criminalização primária* diz respeito ao poder de criar uma norma incriminadora e introduzi-la no ordenamento jurídico, visando, assim, conferir aos bens jurídicos dignos de proteção legal uma tutela especificamente penal, posto a sua fragilidade e a habitualidade com a qual os mesmos são violados<sup>5</sup>. O dito processo de criminalização primária se mostra, sobretudo, no âmbito legislativo, por meio do qual as condutas humanas são tipificadas e, posteriormente, incluídas no catálogo de comportamentos proibidos, seja no campo do Direito Penal comum (Código Penal), seja no âmbito de abrangência do Direito Penal especial (legislações extravagantes). Nas palavras de ZAFFARONI *et al.*, a *criminalização primária* “é o ato e o efeito de sancionar uma lei material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> SELL, 2007.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, 2013.

Dito isso, é perceptível a relação deste conceito com o conteúdo do *Princípio da Legalidade dos Delitos e das Penas*, disciplinado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, - bem como no art. 1º do CP/40 - que estabelece em seu enunciado “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”<sup>7</sup>. Tal pressuposto dispõe que, para a aplicação da sanção penal, é indispensável que exista uma legislação prévia, certa e escrita ao fato considerado criminoso. Nesta dimensão primária do processo de criminalização divisa-se um certo nível de seletividade penal, uma vez que a delimitação do punível perpassa por escolhas políticas em torno dos comportamentos merecedores de prevenção e repressão penal. Trata-se de uma seleção que se encerra nas escolhas legislativas de definição dos interesses dignos de salvaguarda penal, assim como a aquelas que determinam as ações e omissões desvaloradas juridicamente e as sanções cominadas face à sua prática.

Somando-se a essa perspectiva, aponta-se a denominada *criminalização secundária* por meio da qual a lei penal editada ganha contornos práticos e os atos criminosos são punidos. Zaffaroni esclarece que esta é “a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências do Estado detectam pessoas que se supõem que tenham praticado certo ato criminalizável primariamente e se submetem ao processo de criminalização”<sup>8</sup>.

Os autores destacam a natural incapacidade das agências de controle de estarem presentes em todos os momentos e, por isso, são obrigadas a selecionarem as pessoas e atitudes que serão criminalizadas e vitimizadas. Isso revela uma segunda vertente da seletividade criminal, na qual o poder punitivo escolhe alguns candidatos à criminalização e os submetem à decisão judicial.

## 2.2 A seletividade da criminalização secundária

Para o presente estudo, dentre as seletividades supracitadas a que mais se destaca é aquela que se opera no âmbito particular da denominada *criminalização secundária*. Nesse sentido, a lógica do aparato repressivo estatal implica em uma relação entre a construção teórica do exercício do poder punitivo e a realidade fática subjacente. Isso posto, nestes termos, afiguram-se perceptíveis incoerências que são apontadas por Zaffaroni no que atine ao indesejável e pernicioso fenômeno da *deslegitimação do Direito Penal*.<sup>9</sup>

Este processo se deve ao fato de que a *criminalização primária* cria uma elevada quantidade de hipóteses criminalizantes que não são proporcionalmente correspondentes à

---

<sup>7</sup> CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988.

<sup>8</sup> ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA, 2003, p. 43.

<sup>9</sup> MALERBA, 2012.

capacidade operacional do sistema repressivo. Por essa razão, em um âmbito *secundário*, o poder punitivo precisa atuar com certa seletividade, a qual acaba atingindo os setores mais historicamente vulneráveis no ambiente social. Assim, Zaffaroni elucida:

O penalismo termina por criar uma sociologia falsa, com uma realidade social alheia inclusive à experiência cotidiana, uma sociedade que funciona e pessoas que se comportam como não fazem nem poderiam fazê-lo, para acabar criando discursivamente um poder que não exerce nem poderia exercer<sup>10</sup>.

Nesse sentido, para que a repressão estatal atue em casos concretos, mesmo com a sua natural deficiência, é obrigada a selecionar as pessoas criminalizadas e vitimizadas, uma vez que, se não houver essa escolha, a consequência será a inoperância e consequente colapso do sistema coercitivo. Nesse contexto, a impunidade se torna uma verdadeira regra, sendo a *criminalização secundária* uma forma de exceção. Essa operação seletiva está submetida à influência de outros aspectos da vida coletiva, tais como: a política, a comunicação social em massa, dentre outros. Assim, a seleção acaba por recair sobre fatos grosseiros (“criminalização tosca”) e indivíduos cujos comportamentos têm pouca dimensão de relevo, por sua incapacidade de acesso ao poder político e econômico. Dessa forma, é perceptível que contraria a dogmática penal e constitucional, visto que viola o princípio da *isonomia* e *igualdade*.

Os delitos grosseiros criminalizados são os divulgados pela comunicação de massa como os praticados por um “tipo específico de delinquentes”, fazendo com que, dessa forma, seja criada uma imagem pública baseada em preconceitos de classes sociais e raciais, criando um estigma de desvalorização<sup>11</sup>. Isso demonstra que algumas pessoas são mais vulneráveis à criminalização secundária, sendo, conforme Eugênio Raul Zaffaroni, aquelas que “por sua educação, somente conseguem cometer delitos toscos; as que se enquadram nos estereótipos criminais; e, por fim, as que a etiquetagem faz com que assumam para si o papel correspondente ao estereótipo”.

Sobre essa questão, o penalista destaca, também, um arranjo classificatório em torno do conceito de vitimização, cuja definição comporta duas dimensões particulares. A *primária*, no que lhe diz respeito, ocorre nos casos em que uma situação de comando exercido contra um grupo específico deixa de ser considerado aceitável e há uma renormatização no sentido de criminalizá-la, fazendo com que a parte subjugada adquira o *status* de vítima. A *vitimização secundária* atinge aqueles com condições de custear um aparato de segurança privada, sendo, portanto, menos propensos a condição de vítimas. Nesta, as próprias agências públicas de

---

<sup>10</sup> ZAFFARONI, 2003, p. 66.

<sup>11</sup> *Ibid.*

proteção aos cidadãos passam a direcionarem seus esforços para a proteção dos mais abastados, devido a sua maior capacidade de reivindicação<sup>12</sup>.

Assim, as minorias historicamente constituídas, além de mais suscetíveis ao processo de criminalização são, também, mais vitimizadas. Isso corrobora com a ideia de que a *vulnerabilidade vitimizante* é maior seguindo critérios de gênero, raça, etnia, poder econômico, dentre outros fatores de segregação social. Esta reflexão é perceptível dentro de exemplos de impunidade da criminalidade dos poderosos, como é o caso do *crime de colarinho branco*. Neste, percebe-se, inclusive, a caracterização do delinquente, inerente aos crimes grosseiros descritos por Zaffaroni.

O *crime de colarinho branco* é definido como aquele praticado por uma pessoa respeitada e com alto *status* social em sua ocupação profissional. Dito isso, este tem relação com o dinheiro, a educação e, principalmente, com o poder econômico<sup>13</sup>. A impunidade deste tipo de crime se deve exatamente às particularidades de seu próprio sujeito ativo, ou seja, insere-se em um fenômeno criminal ligado a certa estrutura social que faz com que haja a indagação se essa conduta realmente era criminosa, portanto merecedora de sanção<sup>14</sup>.

À vista disso, com essa breve análise da teoria de Eugênio Zaffaroni, foi possível analisar que a seletividade do sistema penal tem como particularidade a escolha dos indivíduos que carecem de capital social, cultural e econômico. Essa separação ocorre não somente no momento da criminalização secundária, mas, inclusive, na própria definição político-legislativa das condutas merecedoras de tutela penal. Logo, há uma plausível relação entre a desigualdade social subjacente e a aplicação prática do Direito Penal na realidade fática, que se dá pela conservação e reprodução de *standards* de preconceitos e de relações sociais desiguais.

### 3 O HOMICÍDIO POR AUTO DE RESISTÊNCIA

Na práxis, quando uma pessoa é morta por policiais, civis ou militares, e tais agentes alegam ter agido em legítima defesa, face a uma resistência à prisão, promove-se um Registro de Ocorrência. Neste caso, a conduta letal é capitulada como “*homicídio proveniente de auto de resistência*”. Trata-se de uma classificação administrativa que advém do artigo 292 do Código de Processo Penal<sup>15</sup>:

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> DA SILVEIRA, 2017.

<sup>14</sup> ZAFFARONI, op. cit.

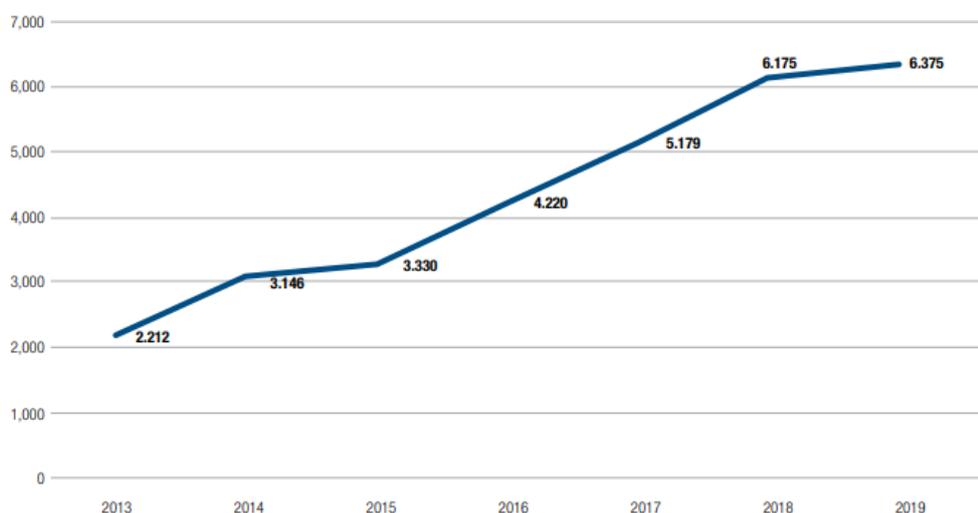
<sup>15</sup> CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 1941.

Art. 292, CPP. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

Compartilhando dessa ideia, SYLVIA LEANDRO estabelece que o homicídio por auto de resistência é a classificação das mortes de civis ocorridas durante ações policiais<sup>16</sup>. Ocorrem, notadamente, em favelas e periferias e se caracterizam pela presunção de que a vítima tenha resistido à ação policial, dando azo, pois, ao que se nomeia por confronto armado. Tem, como caractere essencial, a existência da legítima defesa por parte do agente de segurança. Essa causa excludente da ilicitude, prevista no artigo 25 do Código Penal, regula que: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”<sup>17</sup>.

No Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, referente ao ano de 2019, é perceptível que as mortes decorrentes de intervenção policial tiveram um grande crescimento nos últimos anos<sup>18</sup>. Para melhor visualização do aumento desse índice expõe-se o gráfico a seguir:

**Gráfico 1:** Mortes decorrentes de Intervenção Policial no Brasil, 2013 a 2019



**Fonte:** Fórum Brasileiro de Segurança Pública

Nos Termos de Declaração, os policiais afirmam estar em patrulhamento de rotina próximo de um território dominado por grupos armados de traficantes. Durante sua atuação, afirmam terem sido alvejados por tiros e revidaram a “injusta agressão”, caracterizando, assim,

<sup>16</sup>LEANDRO, 2012.

<sup>17</sup> CÓDIGO PENAL, 1940.

<sup>18</sup>ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA DE 2020, 2019.

o instituto da legítima defesa. Cessado os disparos, encontraram uma pessoa – comumente denominada por “elemento” pela prática policial - baleada no chão, geralmente com armas e drogas por perto. É prestado à vítima o imediato socorro, sendo relatado, na maioria dos autos de resistência, que morreram no trajeto até o hospital.

Em um número considerável das ocorrências, as únicas testemunhas são os próprios agentes envolvidos no homicídio, ou seja, os policiais na condição de sujeito ativo da conduta lesiva. Nas ocasiões em que há outros envolvidos, senão os militares, não é comum que estes compareçam à delegacia, seja por desinteresse, seja por não entenderem a necessidade da sua versão dos fatos ou simplesmente por temerem as instalações e departamentos policiais<sup>19</sup>. Devido a isso, a utilização do auto de resistência pode resultar na ocultação de desvios graves, diante sobretudo da ausência de investigação e fiscalização adequadas para se definir de que forma a abordagem que resultou em morte foi realizada<sup>20</sup>.

Em contrapartida, existem defensores dos aspectos produtores do auto de resistência. Em entrevista ao Jornal Correio da Bahia em 2015, o então Comandante da Polícia Militar do estado, Anselmo Brandão, destacou:

Eu acho que o instrumento do auto de resistência é legal. Está dentro das excludentes de criminalidade, é uma reação contra uma ação. [...] Aí eu pergunto: se tirar o auto de resistência, que instrumento o policial teria para responder a uma injusta agressão? Ele ia responder por homicídio por ter cometido o delito até se apurar? [...] Quando a lei foi criada, ela já dizia, é um instrumento de defesa, tanto que auto é próprio do policial diante da situação de crise<sup>21</sup>

Importa destacar aqui que com este trabalho não se pretende realizar um juízo de valor a respeito da utilidade prática, ou não, do auto de resistência. O seu objetivo, ao contrário, se encerra na análise comparativa entre a seletividade da criminalização secundária de Zaffaroni, exposta acima, e como esta se materializa concretamente na práxis por meio dos homicídios por auto de resistência.

#### 4 A DIALÉTICA TEÓRICO-PRÁTICA

Eu, Solange Vieira Gonçalves, mãe da vítima fatal Gustavo Vieira Afonso, executado por PMs do Estado do Rio de Janeiro, venho através desta carta direcionada ao Ministério Público do Rio de Janeiro, mostrar as minhas indignações. [...] tudo o que eu pude fazer para trazer a luz da verdade eu fiz, a verdade do que aconteceu naquela tarde de 22 de novembro de 2003, com aquele menino pobre, negro, favelado e que era um “Zé ninguém” para os policiais. [...] Os policiais respondem com convicção da impunidade, assumem a responsabilidade da declaração do auto de resistência, mas

<sup>19</sup> MISSE, 2015.

<sup>20</sup> DOS SANTOS, 2016.

<sup>21</sup> CORREIO DA BAHIA, 2015.

há muito tempo diferentes instituições que trabalham com a defesa dos Direitos Humanos mostram que o auto de resistência é utilizado para retirar a responsabilidade dos policiais que executam pessoas inocentes em favelas. Eu sei que meu filho foi executado com um tiro no coração. Ele não resistiu a nada e não estava armado para ter acontecido uma resistência armada, que seria a situação que poderia caracterizar o auto de resistência. Eu quero justiça.<sup>22</sup>

Este relato da mãe de uma das vítimas do homicídio por auto de resistência, disponibilizado para a tese de doutorado de Juliana Farias, faz transcender um relevante aspecto que deve ser levado em consideração quando da aplicação deste atributo administrativo<sup>23</sup>. Este seria a influência da seletividade da criminalização secundária de Eugênio Raúl Zaffaroni nesse contexto. A utilização do auto de resistência, na prática, tem cor, classe social, idade e gênero definidos, como denunciam as informações seguintes<sup>24</sup>.

Primeiramente, dados do *Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020* apontam que os jovens são as principais vítimas de intervenções policiais que resultam em morte. Dentre eles, 23,5% tinham entre 15 e 19 anos e 31,2% tinham entre 20 e 24 anos, sendo um percentual bastante superior ao dos demais homicídios<sup>25</sup>. Semelhantes dados denotam que esta é a faixa etária mais vitimizada, a saber, a que mais tem suas condutas (ações e/ou omissões) desvaloradas juridicamente e, por conseguinte, merecedoras de sanção penal conforme o seu conteúdo de injusto e segundo a sua carga de reprovabilidade jurídica.

Ademais, este mesmo *Anuário* sinalizou que 99,2% das vítimas são homens e que a maioria das ocorrências se dá no período noturno e durante a madrugada<sup>26</sup>. Logo, a presença de testemunhas nesses episódios, como informado acima, não é frequente, devido ao momento dentro do qual frequentemente ocorrem. A versão dos fatos cabe, portanto, apenas aos policiais envolvidos, sendo questionável se são realmente verdadeiros, uma vez que não existem outras pessoas para que seja averiguada uma possível *legítima defesa putativa* por parte do policial<sup>27</sup>.

Somando-se a isso, a citada fonte cuidou de apresentar, também, dados acerca da cor/raça/etnia das vítimas de mortes em decorrência de intervenções policiais, a saber:

**Gráfico 2:** Raça/cor das vítimas de intervenções policiais com resultado morte no Brasil, 2019

---

<sup>22</sup> Carta elaborada em agosto de 2008 e disponibilizada pela autora à Juliana Farias, em sua tese de doutorado intitulada “Governo de Mortes: uma etnografia da gestão de populações de favelas no Rio de Janeiro”. Os nomes da vítima e de sua mãe, bem como a data da execução foram substituídos, por se tratar de documento que não foi incorporado ao processo judicial, nem publicizado por outras vias.

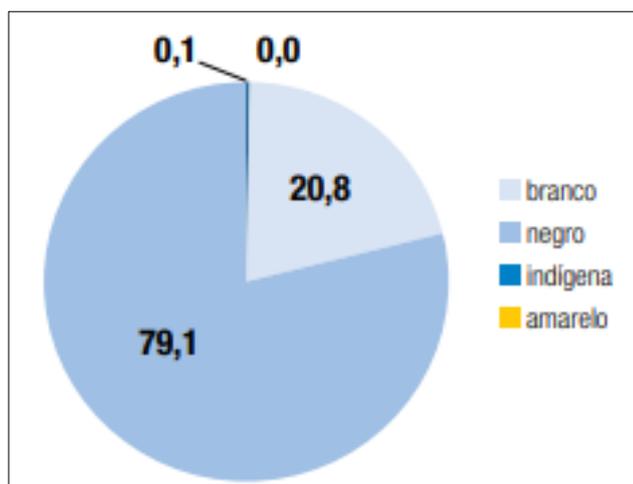
<sup>23</sup> FARIAS, 2008.

<sup>24</sup> VIANNA; FARIAS, 2011.

<sup>25</sup> ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> A legítima defesa putativa ocorre quando, por erro justificável, há a suposição de uma agressão atual ou iminente.



**Fonte:** Fórum Brasileiro de Segurança Pública

Nos dados divulgados, resta claro que a absoluta maioria das vítimas são negras. Esta população é historicamente vitimizada e criminalizada, devido a escravidão e a ideia de inferioridade que os demais têm sobre eles, fatos cujos reflexos se desdobram até os dias atuais<sup>28</sup>. Devido a esse racismo estrutural<sup>29</sup>, a eles foi atribuído o estereótipo de delinquentes.

Expostas tais informações, torna-se óbvio que a seletividade criminalizante presente nos homicídios por auto de resistência é significativa, visto que as características das vítimas poucas vezes escapam do “modelo”, sendo ele assim caracterizado: homem, jovem, negro e residente em comunidades carentes e periféricas (favelas). Pode-se dizer que este padrão foi criado pela criminalização secundária, já que por intermédio de seu processo foram selecionados os delitos e indivíduos mais vulneráveis à ação do poder punitivo.

Nesse sentido, é criado um argumento com vistas a justificar uma morte em uma ação policial, qual seja: o de que existem pessoas merecedoras de neutralização, ou, em uma linguagem coloquial, “matáveis”. MICHEL MISSE assevera que os agentes de segurança pública fundam concepções de pessoas naturalmente associadas a condutas desviantes<sup>30</sup>. Assim, o homicídio por auto de resistência categoricamente se insere no rol de mortes violentas que permite a execução de pessoas vistas como irrecuperáveis ou incorrigíveis. Isto, embora seja uma atitude criminosa, não é devida e suficientemente investigado.

Ademais, SYLVIA LEANDRO dispôs que é construído discursivamente que as atitudes das políticas de segurança pública visam eliminar “bandidos” e, devido a isso, a prática de matá-

<sup>28</sup> FILHO, 2016, p. 60 – 75.

<sup>29</sup> Racismo estrutural é o termo usado para reforçar o fato de que há sociedades estruturadas com base na discriminação que privilegia os brancos em detrimento dos negros.

<sup>30</sup> MISSE, 2011.

los é normalizada posto serem estigmatizados como inimigos da ordem jurídica<sup>31</sup>. O auto de resistência funciona, portanto, como um instrumento para este discurso se acomodar nas distintas e análogas ocorrências. Disso, cumpre dizer que é possível que a partir daí se torne possível o “mascaramento” de condutas ilegais e injustificadas.

Assim, a seletividade criminalizante de Eugênio Raúl Zaffaroni ganha inequívocos contornos práticos ao ser vislumbrada em consideração à hipótese do homicídio por auto de resistência. Ao aprofundar a observação sobre as principais vítimas, a semelhança das características entre elas é notável e, acima de tudo, inegável. O auto de resistência, quando utilizado de modo incorreto, é uma forma de corroborar com preconceitos e segmentar – ainda mais - os indivíduos em diferentes grupos, a saber: os “matáveis” e “não-matáveis”.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, conclui-se que a seletividade criminalizante defendida por Zaffaroni ganha contornos práticos quando observada em conta ao homicídio por auto de resistência. A seletividade, conforme demonstrado, surge a partir do momento em que a capacidade operacional do aparato repressivo não é suficiente para reprimir (e prevenir) todas as condutas desviantes frente à grande quantidade de hipóteses criminalizantes criadas. Devido a isso, a fim de evitar uma completa impunidade, alguns indivíduos são selecionados como merecedores de intervenção e sanção penal.

Como explicado pelo criminólogo argentino, alguns fatores da vida social são determinantes para se definir quem serão os “delinquentes”, a exemplo, pois, do *status* social, da política, dentre outros fatores análogos. Logo, alguns crimes ganham uma definição das características do seu sujeito ativo, uma vez que essas descrições fixam o estereótipo de quem serão os infratores que os praticam, assim como, a responsabilização penal que os cabe. Por isso, compreende-se o conceito de criminalização secundária, explicada ao longo deste excerto

Demonstrou-se, além disso, que esta seletividade é perceptível pragmaticamente, sendo um exemplo emblemático o dito *homicídio por auto de resistência*. A partir da exposição de dados publicizados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, ficou claro que esta classificação administrativa tem classe social, cor da pele e idade bastante delineados. Alguns destacam os aspectos positivos desse instituto, entretanto foi demonstrado como é difícil

---

<sup>31</sup> LEANDRO, 2012.

averiguar a veracidade dos fatos relatados pelos que estavam presentes no momento, o que facilita sobremaneira que sejam mascarados graves desvios no exercício do poder de polícia.

Em suma, na aplicação prática do Direito Penal, como destaca Eugênio Raúl Zaffaroni, é difícil romper com as lógicas coletivas e culturais. Todavia, o que não deve acontecer é deixar com que esse racismo enraizado nas práticas sociais afete a justa efetivação e aplicação do Direito. Assim, não se pode propagar o mito da “democracia racial” e de um povo sem distinções de cor e classe social se esse fator é levado em conta para tratar e responsabilizar diferentemente as pessoas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA DE 2020 – Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1\\_interativo.pdf](https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1_interativo.pdf). Acesso em: 23 out. 2020.

BAGGIO, Roberta Camineiro et al. **Raça e Biopolítica na América Latina: os limites do direito penal no enfrentamento ao racismo estrutural.** Revista *Direito e Práxis*, v. 10, n. 3. Rio de Janeiro, 2019. DOI: 10.1590/2179- 8966/2018/34237. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/34237>. Acesso em: 23 out. 2020.

CÓDIGO PENAL. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 13 out. 2020.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 12 out. 2020.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 set. 2020.

DA SILVEIRA, Marina de Campos Pinheiro. **A prática do crime de colarinho branco no Brasil: uma análise segundo a visão de Sutherland e Friedrichs.** Revista *Âmbito Jurídico*: São Paulo, 2017.

DOS SANTOS, André Vinício Sales. **As representações sociais do auto de resistência para os policiais militares das companhias independentes de policiamento tático – CIPT/RONDESP.** Salvador: UFBA, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/19719>. Acesso em: 24 out. 2020.

FARIAS, Juliana. **Governo de mortes: uma etnografia da gestão de populações de favelas no Rio de Janeiro.** 1. ed. Rio de Janeiro: Papéis Selvagens Edições, 2020. 320p.

FILHO, Enio Walcácer de Oliveira. **A criminalização do negro e das periferias na história do Brasil.** In *Vertentes do Direito*, v.3, n.1, p. 60 – 75, 2016.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo.** In *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, nº 7, p. 211-247, 2005.

JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo - Noções e Críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3ª ed. 2008. p 25-40.

LEANDRO, Sylvia Amanda da Silva. **O que matar (não) quer dizer nas práticas e discursos da Justiça Criminal: o tratamento judiciário dos “homicídios por auto de resistência” no Rio de Janeiro.** 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

MALERBA, Guilherme. **Princípio da personalidade, vulnerabilidade social e auxílio-reclusão.** Uniritter, Porto Alegre, 2012.

MISSE, Michel (Coord.). "**Autos de Resistência**": uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011). Relatório Final de Pesquisa. Rio de Janeiro: Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflitos e Violência Urbana da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2011.

MISSE, Michel (Coord.). **Letalidade policial e indiferença legal**: a apuração judiciária dos 'autos de resistência' no Rio de Janeiro (2001-2011). Rio de Janeiro: Dilemas, 2015.

SELL, Sandro César. **A etiqueta do crime**: considerações sobre o "labelling approach". Teresina: **Jus Navigandi**, 2007.

VIANNA, Adriana; FARIAS, Juliana. **A guerra das mães**: dor e política em situações de violência institucional. In *Cadernos Pagu*, nº 36, p.79-116, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

# O REFLEXO DO ESTADO DE VULNERABILIDADE: A COCULPABILIDADE COMO VIA PARA MITIGAR A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL

## *THE REFLECTION OF THE STATE OF VULNERABILITY: COCULPABILITY AS A WAY TO MITIGATE THE SELECTIVITY OF CRIMINAL LAW*

*Daniele Pabline Sousa Costa<sup>1</sup>*

*Edwiges Carvalho Gomes<sup>2</sup>*

*João Pedro Fideles de Deus e Silva<sup>3</sup>*

### **Resumo**

A presente pesquisa tem por objetivo investigar a aplicabilidade da teoria da coculpabilidade no Direito Penal brasileiro, tendo por base a realidade socioeconômica do país. Analisa-se, em um primeiro momento, a concretização dos direitos sociais pelos quais o Estado brasileiro se responsabilizou a partir da CF/88. Construída essa base, investigou-se a relação entre a falta de acesso a direitos sociais e a criminalidade, por meio da Teoria da Anomia, de Robert Merton, e da Teoria da Vulnerabilidade, de Zaffaroni. Com base nisso, se constatou que aqueles que têm seus direitos não assegurados encontram-se em estado de vulnerabilidade maior, o que os torna mais suscetíveis ao poder punitivo do Estado, gerando o fenômeno da seletividade no Direito Penal. Além disso, analisou-se brevemente alguns dos argumentos usados na jurisprudência do STJ para negar a aplicação da coculpabilidade enquanto atenuante inominada. O estudo foi desenvolvido com metodologia jurídico-social e raciocínio dialético, com técnicas de pesquisa teórica. Concluiu-se que, apesar da resistência da jurisprudência, na dosimetria da pena deve-se considerar as circunstâncias sociais concretas do réu como um coeficiente de correção da seletividade do sistema penal, sobretudo no Brasil, país profundamente marcado pelas desigualdades sociais.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Vulnerabilidade. Coculpabilidade. Direito Penal.

### **Abstract**

This research aims to investigate the applicability of the co-culpability theory in Brazilian Criminal Law, considering the socioeconomic reality of the country. At first, it analyses the effectiveness of the social rights for which the Brazilian State took responsibility from the advent of its current constitution. From this point, it investigates the between the lack of access to social rights and criminality based on Robert Merton's Anomie Theory and Zaffaroni's Vulnerability Theory. It finds that those who have their rights not assured are in a state of greater vulnerability, which makes them more susceptible to the punitive power of the State, generating the phenomenon of selectivity in Criminal Law. In addition, it analyses some arguments used in the jurisprudence of STJ to deny the application of co-culpability. The proposed theoretical research belongs to the legal-social methodological aspect. Dialectical reasoning will predominate. It concludes that, despite the resistance of the jurisprudence, the defendant's concrete social circumstances must be considered as a correction coefficient for the selectivity of the penal system, especially in Brazil, in which severe social inequalities are present.

**Keywords:** Social rights. Vulnerability. Co-culpability. Criminal Law.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito e integrante do Grupo de Iniciação Científica Direito e Tecnologia da Escola Superior Dom Helder Câmara. Endereço eletrônico: pscdani7@gmail.com.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito e integrante do Grupo de Iniciação Científica Direito e Tecnologia da Escola Superior Dom Helder Câmara. Endereço eletrônico: edwigescarvalho0913g@gmail.com.

<sup>3</sup> Graduando em Direito e integrante do Grupo de Iniciação Científica Teoria Geral Do Crime: Culpabilidade no Direito Penal da Escola Superior Dom Helder Câmara. Endereço eletrônico: joao.fideles.deus@gmail.com.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O interesse pela presente pesquisa adveio da análise do perfil carcerário brasileiro, o qual apresenta predominantemente pessoas pretas ou pardas de baixa renda. Mais especificamente, entre os presos, 61,7% são pretos ou pardos, já os brancos, inversamente, são 37,22% dos presos, enquanto são 45,48% na população em geral<sup>4</sup>. Ademais, ressalta-se que 75% das pessoas privadas de liberdade no Brasil, são analfabetas ou possuem até o ensino fundamental completo, ao passo que o ensino superior representa apenas 1% do grupo<sup>5</sup>. Dessa maneira, a partir dos dados expostos, a pesquisa se propõe a esclarecer: seria a coculpabilidade, ao fazer um mea-culpa entre sociedade, Estado e agente delituoso, um meio idôneo de amenizar a seletividade do Direito Penal?

Para tanto, de início, é necessário explicar sobre a culpabilidade no direito brasileiro. Dessa maneira, segundo entendimento majoritário da doutrina, expresso por Guilherme de Souza Nucci, a culpabilidade é um dos elementos do crime, composto analiticamente de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, caracterizado como um juízo de reprovação social<sup>6</sup>. Em suma, no artigo que se propõe, a culpabilidade refere-se à responsabilidade que se pode imputar ao sujeito pelo cometimento do delito.

Ademais, o princípio da coculpabilidade, conforme Grégore Moura, trata-se de uma mea-culpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta Magna<sup>7</sup>. Logo, o objetivo é provocar menor reprovabilidade ao indivíduo ativo do crime em virtude da posição de hipossuficiente na sociedade, devido ao descaso estatal. Dessa maneira, o resultado permeia em proporcionar isonomia material, ou seja, prezar por um tratamento desigual àqueles que não obtêm os direitos constitucionais assegurados. Ressalta-se que o Direito e suas estruturas tradicionais apresenta um contexto complexo e dinâmico, o que exige constantes inovações para encaminhar soluções mais adequadas<sup>8</sup>.

Por fim, a pesquisa que se propõe encontra-se em estágio inicial de desenvolvimento, pertencendo à classificação de Gustin, Dias e Nicácio<sup>9</sup>, mais especificamente, à vertente metodológica jurídico-social. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-propositivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa foi predominantemente dialético e quanto ao gênero de pesquisa, foi adotada a pesquisa teórica. Sobretudo, o tema-problema que

---

<sup>4</sup> CALVI, 2018.

<sup>5</sup> MASULLO, et al. 2020.

<sup>6</sup> NUCCI, 2020.

<sup>7</sup> MOURA, 2006.

<sup>8</sup> BERWIG, et al. 2019.

<sup>9</sup> GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020.

se pretende desenvolver é a análise da aplicabilidade da coculpabilidade como atenuante no Brasil. Assim, os objetivos permeiam a verificação da atuação ou omissão do Estado, investigação dos problemas que influenciam a prática de delitos, assim como entender a aplicabilidade da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A OMISSÃO DO ESTADO**

No final do século XVIII e com a Revolução Francesa em 1789, instituiu-se os primeiros direitos a constarem no texto normativo constitucional, os quais focam na liberdade individual, de modo a proteger contra abuso de poder ou arbitrariedade estatal. Sendo assim, exemplos desses são a liberdade de expressão, locomoção, direito de voto e ser votado. Sobretudo após a primeira guerra mundial, surge a necessidade de garantir direitos básicos para viver com bem-estar social. Assim, verifica-se a aparição dos direitos fundamentais de segunda geração, marcados pelo ideal de igualdade. Na Constituição Federal de 1988, visualiza-se tais direitos no art. 6º, na forma de direitos sociais:

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<sup>10</sup>.

Por último, a partir dos anos de 1960, aparece a terceira geração, a qual preocupa com os direitos difusos e coletivos, como a proteção de grupos sociais vulneráveis e a preservação do meio ambiente. Nessa perspectiva, um dos princípios constitucionais que denota grande valor social é o direito à vida digna. Nessa seara, o art. 8º da CF demonstra a necessidade do Estado cumprir tal dever de garantia:

Parágrafo único. É dever do Estado garantir a todos uma qualidade de vida compatível com a dignidade da pessoa humana, assegurando a educação, os serviços de saúde, a alimentação, a habitação, o transporte, o saneamento básico, o suprimento energético, a drenagem, o trabalho remunerado, o lazer, as atividades econômicas e a acessibilidade, devendo as dotações orçamentárias contemplar preferencialmente tais atividades, segundo planos e programas de governo<sup>11</sup>.

Dessa maneira, observa-se o caminho para positivação dos direitos na sociedade. Todavia, por meio do artigo supracitado percebe-se que para construir uma vida digna, é necessário assegurar todos os demais direitos mínimos inerentes a cada ser humano. Assim, a verificação de eventual omissão estatal requer a análise individual de cada um dos direitos

---

<sup>10</sup> BRASIL, 1988.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

fundamentais. Ressalta-se, desde já, que o não oferecimento pelo Poder Público, ou a oferta insuficiente e irregular, pode importar responsabilidade da autoridade competente, uma vez que é dever do Estado garantir a efetivação de tais direitos.

## 2.1 Direito à educação

O direito à educação, conforme exposto por Celso de Mello, jurista e magistrado, é de extrema importância, porque é fator preponderante para formação do cidadão e da sociedade, constituindo fonte de libertação capaz de gerar segurança, respeito aos princípios da vida em comunidade e a democracia<sup>12</sup>. Na Constituição Federal (1988), observa-se o resguardo pelo art. 205:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho<sup>13</sup>.

Entretanto, embora haja relevância e necessidade que o Estado colabore para uma melhor efetivação do ensino de qualidade, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) destaca que entre os 47,3 milhões de pessoas de 15 a 29 anos, 23% não estudam<sup>14</sup>. Além disso, aponta-se a existência de 11 milhões de analfabetos, sendo que a taxa é três vezes maior entre pretos ou pardos<sup>15</sup>.

Nesse sentido, o Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa), demonstra que o Brasil é uma das cinco economias mais desiguais do mundo em relação à educação. Sobretudo, o resultado demonstrou que estudantes de maior poder aquisitivo tiveram um resultado de 100 pontos a mais na avaliação realizada em comparação com alunos mais pobres, o que se deve tanto pela melhor qualidade de ensino, quanto por não precisar trabalhar e ajudar em casa<sup>16</sup>. Por outro lado, a pesquisa aponta também a ausência do lazer aos jovens que cedo precisam disponibilizar tempo para colaborar na sobrevivência própria e dos entes familiares. Assim, Joffre Dumazedier explica o direito ao lazer:

Conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, oportunidade em que pode utilizar seu tempo da forma que lhe convenha, seja para repousar, se divertir, se entreter, socializar ou desenvolver sua formação e informação desinteressada, isto é, aprender e desenvolver novas habilidades que não tenham relação com o trabalho<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> MELLO, 1986.

<sup>13</sup> BRASIL, 1988.

<sup>14</sup> FERREIRA, 2019.

<sup>15</sup> TOKARNIA, 2020.

<sup>16</sup> LIMA; SOUZA, 2020.

<sup>17</sup> DUMAZEDIER, 1973.

Portanto, o lazer pode ser contemplado no momento em que o cidadão se ausenta das obrigações sociais, familiares e do trabalho. Por isso, os resultados alcançados pelo Pisa, demonstram a inefetividade da norma, afinal, verifica-se um cenário crítico e desigual quanto à educação e lazer no Estado, em razão da ausência de políticas educacionais.

## **2.2 Direito à saúde, alimentação e saneamento básico**

O conceito de saúde na atualidade corresponde ao completo bem-estar físico, mental e social do homem. Dessa maneira, o art. 196 da Constituição Federal dispõe:

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<sup>18</sup>.

Por conseguinte, foi criado, por meio da Constituição Federal (1988), o Sistema Único de Saúde (SUS) com o objetivo de garantir acesso integral e gratuito aos serviços de saúde. Entretanto, hodiernamente, ainda existem falhas no Estado, uma vez que a minoria pode usufruir dos serviços privados e, por isso, tem-se 150 milhões de indivíduos que dependem exclusivamente desse sistema, o que torna comum que pacientes esperem horas para ser atendidos, ou até mesmo encontrem hospitais sem leitos suficientes e com estrutura precária<sup>19</sup>.

Além disso, a alimentação e o saneamento básico influem de modo preponderante na análise da saúde brasileira. À vista disto, o último apontamento feito pelo IBGE, demonstra que em média 15 pessoas morrem por dia de fome no Brasil, sendo que cerca de 32 milhões de pessoas não têm acesso ao alimento, devido ao processo de desigualdade de renda e social<sup>20</sup>. Ademais, quanto ao saneamento básico, tem-se que 100 milhões de brasileiros não têm serviço de coleta de esgoto, enquanto 35 milhões não têm acesso à água potável, conforme dados apresentados pelo Instituto Trata Brasil<sup>21</sup>. Nisso, diante da análise dos respectivos direitos, percebe-se uma constituição nominal, pela carência de aplicabilidade efetiva na realidade, que aponta um cenário precário por parte da população.

---

<sup>18</sup> BRASIL, 1988.

<sup>19</sup> SAÚDE, 2018.

<sup>20</sup> NETO, 2020.

<sup>21</sup> MARTINS, 2021.

### **2.3 Direito à habitação e segurança**

Além da Constituição Brasileira, outras legislações de grande relevância fazem menção ao direito à habitação, como a Declaração americana de direitos e deveres do homem, que garante no art. 11 que “toda pessoa tem direito que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação [...]”<sup>22</sup>. No entanto, o Brasil apresenta cerca de 33 milhões de cidadãos que estão sem moradia, segundo o relatório lançado pelo Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos<sup>23</sup>. Em consonância, conforme IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), atualmente o total de 11.425.644 de pessoas vive em aglomerados subnormais no Brasil.

Paralelamente, tem-se que a região mais violenta do Brasil, a de Maracanaú, no Ceará, é o município com maior quantidade de jovens, entre 15 e 24 anos, que não estudam e não trabalham e que, sem perspectiva de vida, ficam vulneráveis à influência das facções<sup>24</sup>. Logo, vê-se a relação da moradia com a violência, já que o meio e a situação vivida condicionam o envolvimento com o crime. Nesse sentido, como exposto anteriormente, milhões de brasileiros vivem em aglomerados, local com maior controle das facções criminosas<sup>25</sup>. Por isso, a omissão estatal quanto à habitação relaciona-se também com a dificuldade de efetivar o direito à segurança, o qual é evidenciado por Moraes como:

Elemento necessário à prática democrática, é indissolavelmente compatibilizada com a manutenção da ordem pública. Através desta se garante a incolumidade das pessoas e o patrimônio público e privado. Os objetivos mencionados consubstanciam um dever do Estado para com os seus cidadãos, que têm direito à própria segurança, vinculando-se, contudo, às responsabilidades que dela decorrem<sup>26</sup>.

### **2.4 Direito ao trabalho remunerado**

Por fim, o art. 8º da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o direito ao trabalho remunerado, situação regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Sobretudo, o problema perpassa pela quantidade de pessoas desempregadas no Brasil. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, do IBGE, 14.4 milhões de pessoas estão na fila por um trabalho no país, o maior contingente desde 2012<sup>27</sup>. Logo, a falta de um trabalho remunerado gera consequências para a criminalidade, como exposto por uma autoridade policial: “o

---

<sup>22</sup> CONFERÊNCIA..., 1948.

<sup>23</sup> LASTORIA, 2021.

<sup>24</sup> GONÇALVES, 2019.

<sup>25</sup> LANNON, 2020.

<sup>26</sup> MORAES, apud CENEVIVA, 1991, p. 239.

<sup>27</sup> IBGE, 2021.

desemprego ou a ausência de renda levam à tentação da ilegalidade, visto ser fácil, por vezes, conseguir ganhos”<sup>28</sup>.

Portanto, pode-se verificar pela análise feita nos tópicos antecedentes que o Estado brasileiro falhou em prover esses serviços essenciais para uma parcela da população. Nos tópicos seguintes, será mais explorada a relação entre as omissões estatais e a gênese da criminalidade. Além disso, será evidenciada a relação entre um estado de maior vulnerabilidade e a propensão à punição pelo Estado.

### **3 O ESTADO DE ANOMIA E A COCULPABILIDADE**

Quando se relaciona a falta de acesso a direitos sociais ao fenômeno da criminalidade, não se quer afirmar a existência de algum tipo de determinismo biológico, como se as pessoas desprivilegiadas fossem naturalmente inclinadas à prática de delitos. Ao contrário, seguindo o raciocínio desenvolvido por Robert Merton, trata-se de constatar “como algumas estruturas sociais exercem uma pressão definida sobre certas pessoas da sociedade para que sigam uma conduta inconformista ao invés de uma conduta conformista”<sup>29</sup>. Para isso, é preciso explicitar alguns conceitos-chave de sua teoria criminológica da Anomia.

Inicialmente, o autor distingue os conceitos de estrutura cultural e social. A primeira “consiste nos objetivos, finalidades e interesses definidos culturalmente”<sup>30</sup>, como a prosperidade econômica. Já “a estrutura social define e regula os meios legítimos para se atingir esses objetivos”<sup>31</sup>, como a boa educação e o trabalho digno.

Além disso, Merton considera que o comportamento das pessoas está parcialmente condicionado ao equilíbrio entre essas duas estruturas. Desse modo, tem-se uma sociedade harmônica quando os meios legítimos são suficientes para atingir os fins culturalmente almejados. Em contrapartida, quando os meios legítimos não são acessíveis ou não se prestam a alcançar os objetivos culturalmente definidos, ocorre uma pressão sobre os indivíduos que os puxa em direção a um comportamento desviante do padrão convencional, caracterizando uma sociedade anômica<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> CHESNAIS, 2006.

<sup>29</sup> MERTON, 1938, p. 672, tradução nossa. No original: “how some social structures exert a definite pressure upon certain persons in the society to engage in nonconformist rather than conformist conduct”.

<sup>30</sup> Ibidem, tradução nossa. No original: “consists of culturally defined goals, purposes, and interests”.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 672-673, tradução nossa. No original: “the social structure defines, regulates, and controls the acceptable modes of achieving these goals”.

<sup>32</sup> PINTO, 2017.

Nesse ponto, se torna claro o paralelo entre a teoria da anomia de Merton e a sociedade brasileira, dado que o Brasil apresenta um dos piores índices de mobilidade social do mundo<sup>33</sup>. Essas profundas desigualdades sociais geram um ambiente altamente criminógeno, principalmente no que diz respeito a crimes contra o patrimônio e o tráfico de drogas<sup>34</sup>. Pode-se dizer que atua sobre o indivíduo que vive em situação precária uma força anômica, decorrente da estrutura social defeituosa, que o “empurra” para a criminalidade ao não lhe conferir maiores oportunidades.

Deve-se ressaltar que, em última análise, prevalece a vontade do agente, posto que é destinatário idôneo de normas (imputável). No entanto, não se pode ignorar que o indivíduo desprovido de condições mínimas para uma vida digna possui um leque de comportamentos menor, ou, em outras palavras, um âmbito de autodeterminação reduzido, em razão de causas sociais, externas a ele. Assim, Zaffaroni conclui que “não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘coculpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar”<sup>35</sup>.

#### **4 A TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO FACE À PERSPECTIVA DE ZAFFARONI E DA REALIDADE BRASILEIRA**

Os índices de criminalidade e violência das cidades e países torna marcante a discussão sobre o papel do Estado na promoção da segurança e bem-estar da coletividade, de modo a assegurar o bem comum e a qualidade de vida para todos. Entretanto, a realidade diverge, em vários pontos, da teoria porque, da mesma forma que o Brasil se destaca pelas suas riquezas naturais, o país se encontra dentre os mais violentos do mundo. À vista disso, urge analisar a Teoria da Coculpabilidade à luz da concepção de seu criador, o ex-ministro da Suprema Corte Argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni.

O estigma de país violento pode ser demonstrado pelos índices de crimes praticados no país. De acordo com o portal de notícias brasileiro G1<sup>36</sup>, o Brasil apresentou uma alta de 5% nos assassinatos em 2020 se comparado ao ano anterior, sendo o homicídio apenas um dos crimes que apresenta grande recorrência no país. Desse modo, muito se discute sobre o papel

---

<sup>33</sup> MOTA, 2018.

<sup>34</sup> PINTO, 2017.

<sup>35</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 525.

<sup>36</sup> BRASIL, 2021.

do Estado em relação a essa temática, de modo a analisar se de alguma forma sua omissão influenciou para que a terra brasileira tivesse essa triste marca.

A discussão ganha ainda mais importância quando se coloca em evidência o posicionamento de Zaffaroni face à problemática punitiva do direito penal que influencia na teoria de sua autoria. Para o jurista argentino:

O direito penal deve distinguir-se da legislação penal e do exercício real do poder punitivo. Entendemos por direito penal o discurso doutrinário que tem por objeto a programação do exercício do poder jurídico de contenção do poder punitivo (a ciência ou saber jurídico penal) e o treinamento acadêmico dos operadores das agências jurídicas<sup>37</sup>.

Nesse sentido, Zaffaroni compreende que o direito penal tem como atribuição planejar o controle e a minimização jurídica de execução do poder punitivo, levando em consideração que esse poder não é desempenhado pelas agências jurídicas. A partir disso, o direito penal estabelece uma relação significativa com o direito constitucional de um estado constitucional de direito, de forma a se tornar um suplemento ao último, dado que o encargo de monitoramento e controle do exercício do poder punitivo é fundamental para a sua sustentação. Dessa forma, o direito penal perpassa pela função da atenuação da prática do caráter punitivo do poder<sup>38</sup>.

Nessa continuidade, o penalista destaca que “a contenção do poder punitivo pelo direito penal deve programar-se em forma de sistema, porque se trata de administrar equitativamente um poder limitado e para isso deve delinear um programa racional [...]”<sup>39</sup>. Ou seja, o ramo do direito em tela apresenta funções específicas que dialogam com o seu próprio caráter punitivo, de modo que a limitação de exercer a punição pelo direito penal deve-se atentar à dogmática jurídico-penal. Por esse motivo, o âmbito jurídico seria a própria contenção desse direito, não o fato em si<sup>40</sup>.

A partir da exposição desse posicionamento, torna-se fundamental examinar a Teoria da Culpabilidade do Estado. Conforme Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 525), essa teoria “é herdeira do pensamento de Marat [...] e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66”. Sendo assim, os referidos penalistas discorrem que a teoria supracitada está umbilicalmente relacionada ao Estado Social de Direito.

---

<sup>37</sup> ZAFFARONI, 2004, p. 1-2.

<sup>38</sup> ZAFFARONI, 2004.

<sup>39</sup> ZAFFARONI, 2004, p. 2.

<sup>40</sup> ZAFFARONI, 2004.

Diante disso, a teoria em análise pode ser observada pelas seguintes palavras de Zaffaroni e Pierangeli:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de determinação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de coculpabilidade é uma ideia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a coculpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (ver n. 118) e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante disposição genérica do art. 66<sup>41</sup>.

Nesse diapasão, as pessoas se comportam de forma determinada, cujo direcionamento é formado apenas parcialmente pela própria personalidade do agente, tendo em vista que as oportunidades não são iguais para todos. Essa perspectiva é facilmente observada no Brasil, pois é um país de dimensões continentais e, por conseguinte, com diferentes condições são oferecidas à população nas esferas histórica, econômica, social e educacional, o que interfere no modo como as pessoas veem sua comunidade e se comportam frente a ela. Nessa lógica, Zaffaroni e Pierangeli defendem haver uma parcela de responsabilidade da própria sociedade quanto ao comportamento reprovável de seus cidadãos. Por esse motivo, o Estado também tem sua parcela de contribuição para que a criminalidade seja recorrente e que algumas pessoas optem por essa modalidade de conduta social<sup>42</sup>.

Em diálogo com Coelho e Soares Filho<sup>43</sup>, a partir do ângulo de Zaffaroni e Pierangeli, na Teoria da Coculpabilidade “a responsabilidade do agente que praticou um delito deve ser, em determinados casos, partilhada com o Estado, em razão da falha do ente público no que tange à efetivação de prestações essenciais que, conforme dispõe a Carta Política, é dever estatal perante os nacionais”. Alicerçado nisso, há o entendimento de que a culpabilidade do agente pela conduta praticada também seria partilhada pelo Estado, mitigando a responsabilidade integral daquele que exerce um fato típico, ilícito e culpável<sup>44</sup>.

Nessa continuidade, um posicionamento mais específico sobre o surgimento dessa teoria é versado por Sidney Soares Filho e Fernanda Lira Marçal<sup>45</sup>, sendo a conjectura do século

<sup>41</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 525.

<sup>42</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009.

<sup>43</sup> COELHO; SOARES FILHO, 2016, p. 1032.

<sup>44</sup> COELHO; SOARES FILHO, 2016.

<sup>45</sup> MARÇAL; SOARES FILHO, 2013.

XVIII, com destaque para as ideias iluministas. Isto posto, “[...] ideologias que propuseram uma nova sociedade baseada na igualdade dos direitos dos cidadãos e na consolidação do liberalismo político, proporcionaram ao Direito Penal uma fase de novas perspectivas no âmbito da organização social e política”<sup>46</sup>. À vista disso, esse estigma iluminista promoveu “[...] a origem histórica do princípio da corresponsabilidade estatal”<sup>47</sup>.

Por esse ângulo, Coelho e Soares Filho corroboram que a Teoria da Culpabilidade apresenta aspecto histórico na Revolução Francesa – marco histórico e revolucionário, entre 1789 e 1799, que promoveu o fim do Antigo Regime na França –, sendo o desenvolvimento doutrinário de Zaffaroni o meio de inserir a temática na ciência do Direito culpável. Os referidos autores sustentam essa tese originária em razão da perspectiva iluminista, marco ideológico da época, apresentar uma expressiva relação com os direitos fundamentais<sup>48</sup>.

Nesse contexto, é imprescindível salientar que a Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) – norma de maior hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro – aborda em seu texto um rol de objetivos fundamentais. A título de exemplo: “III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>49</sup>. Assim, percebe-se que a realidade brasileira está, em distintos pontos, distante de alcançar a concretude e o cumprimento desses objetivos, o que influencia na minimização de oportunidades que melhorem as condições de vida de muitos brasileiros.

A partir dessa compreensão, “a culpabilidade surge como importante instrumento de justiça social no momento em que reconhece que fatores socioeconômicos influenciam na prática do delito, indivíduos vulneráveis pelo meio social marginalizado e desumano que foram inseridos ao longo de suas vidas”<sup>50</sup>. Nesse sentido, ocorre uma omissão estatal no que diz respeito aos deveres constitucionais que são direitos dos cidadãos, a saber: à educação, à saúde, alimentação, saneamento básico, à habitação e segurança e aos objetivos da República Federativa do Brasil. Logo, “o princípio da culpabilidade aparece como o reconhecimento do Estado da sua parcela de responsabilidade da conduta delitiva praticada por certas pessoas atingidas pela exclusão social”<sup>51</sup>.

À face do exposto, Zaffaroni afirma que:

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> COELHO; SOARES FILHO, 2016.

<sup>49</sup> BRASIL, 1988.

<sup>50</sup> MARÇAL; SOARES FILHO, 2013, p. 3.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 7.

## O REFLEXO DO ESTADO DE VULNERABILIDADE: A COCULPABILIDADE COMO VIA PARA MITIGAR A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL

Há décadas é conhecida a tendência da seleção criminalizante a exercer-se de acordo com estereótipos e a recair sobre a criminalidade grosseira, praticada por pessoas das classes subalternas, carentes de treinamento para condutas mais sofisticadas ou mais dificilmente captáveis pelo sistema penal. Isto demonstra que a grande maioria dos criminalizados não o são tanto em razão do conteúdo ilícito do injusto cometido, senão pela forma grosseira deste (*obra tosca*) e pelas características estereotípicas do agente, que o colocam ao alcance do sistema penal<sup>52</sup>.

Nessa perspectiva, torna-se ainda mais claro o fato de o sistema penal ser altamente seletivo, agindo como um filtro que retém sobretudo pessoas negras, pobres e com baixo nível de escolaridade. De acordo com o Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional<sup>53</sup>, a faixa etária que possui maior porcentagem na população prisional brasileira está entre 18 a 24 anos, que compreende aproximadamente 21% do total, sendo a população parda a mais marcante nesse sistema, com mais de 50%. Assim, Zaffaroni afirma que “a periculosidade do sistema penal se reparte segundo a vulnerabilidade das pessoas, como se fosse uma epidemia”<sup>54</sup>.

Em vista disso, Eugenio Raúl Zaffaroni salienta que nos países latino-americanos, caracterizados por serem periféricos, a massiva parcela populacional abrange o estado de vulnerabilidade diante do poder punitivo, em razão da concentração de riquezas. Para Zaffaroni<sup>55</sup>, o simples estado de vulnerabilidade não é decisivo para a criminalização, ou seja, o indivíduo pode estar em uma situação de vulnerabilidade ou ser oriundo dela, mas não é isso que irá determinar se ele irá integrar-se à esfera do crime. Dessa forma, “não se seleciona a uma pessoa por seu puro estado de vulnerabilidade, senão porque se encontra em uma situação concreta de vulnerabilidade”<sup>56</sup>.

Em consideração a isso, o jurista argentino acrescenta que “partindo de um estado de vulnerabilidade, deve concorrer um esforço pessoal do agente para alcançar a situação concreta em que se materializa a periculosidade do poder punitivo”<sup>57</sup>. Sob essa ótica, é reprovável condenar alguém pelo simples fato de seu estado de vulnerabilidade, sendo a culpabilidade pela vulnerabilidade compreendida como a culpabilidade de autor, “embora sem razão, por tratar-se de componentes do próprio fato, tendo em vista que o esforço é um aspecto da conduta do agente”<sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> ZAFFARONI, 2004, p. 12-13, grifo do autor.

<sup>53</sup> SISDEPEN, 2020.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, 2004, p. 13.

<sup>55</sup> ZAFFARONI, 2004.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>57</sup> ZAFFARONI, 2004, p. 12.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 16.

Com base nisso, Eugenio denota que “culpabilidade pela vulnerabilidade não é uma alternativa à culpabilidade como reprovação formal ética, senão um passo superador da culpabilidade que, como todo processo dialético a pressupõe e a conserva em sua síntese”<sup>59</sup>. Desse modo, percebe-se que ambas as teorias da coculpabilidade e da vulnerabilidade se preocupam em limitar a punição pelo ato incorporando, no juízo de reprovação da conduta, a análise de circunstâncias sociais.

Em última análise, “a culpabilidade penal no estado de direito não pode ser a simples culpabilidade pelo ato, também deve surgir da síntese desta (como limite máximo da reprovabilidade) e de outro conceito de culpabilidade que incorpore o dado real da seletividade”<sup>60</sup>. Logo, essa é uma forma de fazer com que o controle do poder jurídico seja ético e racional, na medida em que é limitado e distribuído com equidade<sup>61</sup>.

## **5 A COCULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

O princípio da coculpabilidade no Brasil vislumbra-se como princípio constitucional implícito. Nesse diapasão, percebe-se a fundamentação do princípio no art. 5º da Constituição Federal de 1988, especialmente quando se trata da igualdade e da individualização da pena. De acordo com a doutrina, a aplicação da coculpabilidade tem espaço, no ordenamento brasileiro, na forma de causa de exculpação supralegal<sup>62</sup> ou de atenuante inominada, prevista no art. 66 do Código Penal<sup>63</sup>.

O art. 66 do Código Penal dispõe que: “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”<sup>64</sup>. Sendo assim, a norma reconhece situações que não têm previsão legal, mas que apresentam natureza significativa para demonstrar um grau de culpabilidade menor do agente. Nesse sentido, a consideração da coculpabilidade como atenuante inominada, mais do que uma forma de responsabilização do Estado, reconhece a menor reprovabilidade do agente

---

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> Isso ocorreria na circunstância em que o estado de vulnerabilidade da pessoa fosse tão intenso que fundamentaria uma hipótese de exclusão da culpabilidade em razão da inexigibilidade de conduta diversa. O exemplo ilustre dado por Rogério Greco é o de um morador de rua que se estabelece em baixo de um viaduto e lá constrói a sua vida, inclusive tendo relações íntimas com sua parceira. Nessa situação, não será possível qualquer juízo de reprovação sobre a conduta desse sujeito. Por se tratar hipótese excepcionalíssima, ela não será explorada neste artigo.

<sup>63</sup> GRECO, 2017.

<sup>64</sup> BRASIL, 1940.

que não conta com as mínimas condições para a dignidade humana, o que ensejaria a diminuição de sua reprimenda em 1/6 na segunda fase da dosimetria da pena.

Ademais, a coculpabilidade se relaciona diretamente com o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88). Ao tratar sobre o tema, aponta Nilo Batista que:

Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena<sup>65</sup>.

Dessa forma, pode-se afirmar que a aplicação da coculpabilidade representa uma continuação do dever constitucional de individualização da pena, assim como do princípio da igualdade, seguindo o raciocínio da máxima de Aristóteles, conforme o qual a verdadeira igualdade está em tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades<sup>66</sup>.

Por fim, como exemplificação, na Argentina a coculpabilidade é aplicada para atenuar ou agravar a pena do cidadão, tendo em vista as oportunidades que cada indivíduo tivera<sup>67</sup>. Assim, a pessoa que apresenta boas condições de vida pode ter a pena agravada por lhe ser exigível uma conduta mais coerente perante o direito, em comparação com aquele que se insere em um contexto social complexo. Por outro lado, o Estado assume a responsabilidade social e impõe pena menor aos indivíduos que são atingidos pela desigualdade, a fim de reconhecer a falha com o cidadão e responder de forma preventivo-pedagógica. Todavia, apesar da base legal, um dos maiores obstáculos à efetiva aplicação desse instituto na esfera brasileira é a resistência nas decisões jurisprudenciais.

## 6 CRÍTICA À POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Frequentemente, os tribunais negam que as desigualdades sociais, ou que as condições socioeconômicas precárias do agente tenham alguma relação com a prática de delitos. Tais afirmações já foram suficientemente abordadas nos tópicos anteriores. Neste segmento, criticar-se-á mais dois dos principais argumentos adotados pela jurisprudência para negar a aplicação do princípio da coculpabilidade.

---

<sup>65</sup> BATISTA, 2007, p. 105.

<sup>66</sup> ARISTÓTELES, 1991.

<sup>67</sup> MOURA JÚNIOR, 2013.

### 6.1. O argumento da prevenção geral

No julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 172.505/MG, a 5ª turma do STJ argumentou que:

A teoria da co-culpabilidade, invocada pelo impetrante, no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos<sup>68</sup>.

Em sentido semelhante, uma decisão monocrática mais recente da corte assevera a “impossibilidade de se atribuir corresponsabilidade à sociedade pela conduta ilícita praticada pela ré, sob pena de se estar autorizando a desordem e a impunidade”<sup>69</sup>. Essas afirmações são incabíveis em um Estado Democrático de Direito porque esvaziam o conteúdo da culpabilidade em prol da finalidade de prevenção geral das penas.

No Brasil, adota-se uma teoria mista quanto à finalidade das penas. O art. 59 do Código Penal consagra as penas como meio tanto de retribuição do mal causado como de prevenção para a ocorrência de novos delitos<sup>70</sup>, tanto por parte do delinquente (prevenção especial), como por outros membros da comunidade (prevenção geral). Essa última se divide em duas vertentes: a negativa, segundo a qual as penas dissuadem delitos futuros por meio de seu efeito intimidador (exemplo do castigo eficaz); e a positiva, segundo a qual as penas “assumem a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem”<sup>71</sup>.

Nesse contexto, vale destacar a teoria funcional da culpabilidade de Günther Jakobs, que iguala a culpabilidade às necessidades preventivo-gerais da pena. Nessa concepção, um autor seria punível (culpável) conforme a pena fosse socialmente útil a um exercício de fidelidade ao Direito<sup>72</sup>. Claus Roxin rechaça tal teoria, que, segundo ele, esvazia o conteúdo da culpabilidade, “pois o indivíduo não é mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mas unicamente enquanto instrumento dos interesses sociais”<sup>73</sup>.

Analogamente, as mesmas críticas podem ser feitas quanto aos argumentos transcritos dos julgados. Defende-se ali que um indivíduo seja mais punido a fim de se prevenir a prática de novos crimes pelos membros da sociedade, independentemente do fato de ser menos reprovável pelas razões que já foram expostas ao longo deste artigo. Desse modo, o sujeito torna-se apenas um instrumento para se atingir as finalidades do Direito Penal, o que fere o princípio

---

<sup>68</sup> BRASIL, 2013.

<sup>69</sup> BRASIL, 2020.

<sup>70</sup> BRASIL, 1940.

<sup>71</sup> BITENCOURT, 2020, p. 331-332.

<sup>72</sup> ROXIN, 2004, p. 56.

<sup>73</sup> Ibidem.

constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), sendo, portanto, completamente incompatível com um Estado Democrático de Direito.

## 6.2. O argumento da premiação indevida

No julgamento do HC nº 179.717/SP, defende-se que “a teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida”<sup>74</sup>. Aqui, o erro se encontra na concepção de que o reconhecimento da menor reprovabilidade da conduta de um sujeito que se encontra em um estado de maior vulnerabilidade é um prêmio, e não um efetivo direito desse cidadão. Assim, a questão da coculpabilidade se revela como um problema interpretativo, de se determinar qual é o Direito aplicável no caso concreto.

Em “O Império do Direito”, Dworkin define três etapas para a atividade interpretativa<sup>75</sup>. Na primeira, deve-se definir o objeto que será interpretado. Na segunda, o intérprete deve identificar uma justificativa geral (um propósito) para os principais elementos do objeto definido. Finalmente, em um terceiro momento, se define o que é realmente devido para melhor servir ao propósito encontrado.

Além disso, Dworkin defende que a unidade sistêmica do Direito se dá por meio da Integridade. Essa dimensão do Direito, quando aplicada na deliberação judicial, requer que os juízes “tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”<sup>76</sup>. Desse modo, a interpretação requer uma análise do histórico legislativo que se relaciona ao caso concreto, a fim de se aferir adequadamente o propósito das normas jurídicas enquanto elementos de um sistema coerente.

No Brasil, o histórico legislativo demonstra o propósito de se considerar as condições socioeconômicas do réu no momento da dosimetria da pena. A Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), em seu artigo 14, inciso I, determina que o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente é uma circunstância que atenua a pena<sup>77</sup>. Por sua vez, o artigo 187 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 10.792/03, dispõe que:

O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, *oportunidades sociais*, lugar onde exerce a sua atividade, vida

<sup>74</sup> BRASIL, 2013.

<sup>75</sup> DWORKIN, 1999, p. 81-82.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 261.

<sup>77</sup> BRASIL, 1998.

pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais<sup>78</sup>.

O interrogatório é o momento em que o réu tem a oportunidade de realizar a autodefesa, a fim de influir no convencimento do juiz. Assim, “como não se pode presumir que a lei adote palavras inúteis, resta evidente que essas circunstâncias, quando apontem para um réu socioeconomicamente débil, devem beneficiá-lo de alguma forma, notadamente com a diminuição de sua pena”<sup>79</sup>.

Isso posto, volta-se à concepção de Direito como Integridade. Para Dworkin:

O juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos<sup>80</sup>.

Portanto, afirma-se que o reconhecimento da coculpabilidade não é um mero prêmio, mas algo efetivamente devido enquanto um direito legítimo do réu que comete crimes impulsionado por sua situação de vulnerabilidade, sobretudo socioeconômica.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir da pesquisa apresentada, é possível perceber o preocupante quadro de uma parcela da população que não tem os direitos constitucionais garantidos pelo Estado. A teoria da Anomia de Robert Merton fornece importantes contribuições para a compreensão de como a autodeterminação de um indivíduo está condicionada ao contexto social em que vive, e pode ser reduzida em razão da marginalidade e da exclusão social.

Além disso, por meio da Teoria da Vulnerabilidade de Zaffaroni, observou-se como os indivíduos em maior estado de vulnerabilidade estão mais propensos à punição estatal, necessitando de um esforço pessoal mínimo para se colocarem em uma situação criminalizante. Assim, observa-se que a teoria da coculpabilidade se mostra coerente, na medida em que: (i) reconhece a menor reprovabilidade do agente delituoso socialmente débil, (ii) faz um mea-culpa entre sociedade, Estado e indivíduo e (iii), a partir disso, fornece um meio de corrigir a pena do indivíduo conforme sua verdadeira responsabilidade.

Outrossim, verifica-se que tal atenuante encontra fundamentos na Constituição Federal e espaço para aplicação no ordenamento jurídico brasileiro na forma prevista no art. 66. Além

---

<sup>78</sup> BRASIL, 1941, grifo nosso.

<sup>79</sup> PINTO, 2017, p. 48.

<sup>80</sup> DWORKIN, 1999, p. 263.

disso, constata-se que uma interpretação que se preste a adequar as normas penais aos princípios que fundamentam o Direito, dentre os quais indubitavelmente se encontra a dignidade humana, não poderá ignorar uma hipótese que justificadamente enseja a menor reprovabilidade do agente. Portanto, conclui-se preliminarmente que a culpabilidade, enquanto juízo de reprovação sobre uma conduta típica e ilícita, deve considerar as circunstâncias sociais concretas do réu, sobretudo em países marcados por profundas desigualdades, como o Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BERWIG, J. A.; ENGELMANN, W.; WEYERMULLER, A. R. Direito ambiental e nanotecnologias: desafios aos novos riscos da inovação. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 36, p. 217-246, set./dez. 2019. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1553/24848>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 maio. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm). Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 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: 18 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus 0185087-91.2010.3.00.0000 MG 2010/0185087-8*. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Condenação. Apelação Julgada. Pretensões de absolvição e desclassificação. Via inadequada. Exame aprofundado das provas. Teoria da co-culpabilidade do estado. Não configuração. Ordem denegada. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 5 fev. 2013. Jusbrasil, DJe, 18 fev. 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23055629/habeas-corpus-hc-187132-mg-2010-0185087-8-stj/inteiro-teor-23055630>. Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Recurso Especial 0549452-11.2010.8.21.0001 RS 2020/00 24955-7*. Trata-se de recurso especial interposto por Valdanir dos Santos de Oliveira, interposto com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul [...]. Recorrente: Valdanir dos Santos de Oliveira (preso). Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 13 mai. 2020. Jusbrasil. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860197783/recurso-especial-resp-1860366-rs-2020-0024955-7/decisao-monocratica-860197794>. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860197783/recurso-especial-resp-1860366-rs-2020-0024955-7/decisao-monocratica-860197794>. Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL tem aumento de 5% nos assassinatos em 2020, ano marcado pela pandemia do novo coronavírus; alta é puxada pela região Nordeste. *G1*. Portal de Notícias. Rio de Janeiro, 12 fev. 2021. Monitor da violência. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/02/12/brasil-tem-aumento-de-5percent-nos-assassinatos-em-2020-ano-marcado-pela-pandemia-do-novo-coronavirus-alta-e-puxada-pela-regiao-nordeste.ghtml>. Acesso em: 17 jun. 2021.

CABRAL, Carolina. As causas supraleais de exculpação da culpabilidade. *O Direito*, Rio de Janeiro, 01 jul. 2005. Disponível em: <https://www.odireito.com/2005/07/9120/as-causas-supraleais-de-exculpacao-da-culpabilidade/> Acesso em: 17 jun. 2021.

CALVI, Pedro. *Câmara dos Deputados*. Comissão de Direitos Humanos e minorias. 06 ago. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao#:~:text=Entre%20os%20presos%2C%2061%2C7,48%25%20na%20popula%C3%A7%C3%A3o%20em%20geral> Acesso em: 10 jun. 2021.

CHESNAIS, Jean Claude. A violência no Brasil: causas e recomendações políticas para a sua prevenção. *SciELO*, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/F8JZF8kmYgdmsS3PdFtLCPt/?lang=pt>. Acesso em: 05 jun. 2021.

COELHO, Ícaro Gomes; SOARES FILHO, Sidney. A aplicação da teoria da coculpabilidade como atenuante genérica do art. 66 do Código Penal à luz da jurisprudência dos tribunais de justiça brasileiros. *Revista Eletrônica de Direito da UFSM, Santa Maria*, v. 11, n. 3, p. 1029-1056, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/22549/pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Bogotá. 1948. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm). Acesso em: 10 jun. 2021

DESEMPREGO é de 14,4% e atinge 14,4 milhões, maior número desde 2012. *UOL*, São Paulo, 30 abr. 2021. Empregos e Carreiras. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2021/04/30/desemprego-brasil-pnad-continua-ibge.htm?cmpid=copiaecola30>. Acesso em: 05 jun. 2021.

DUMAZEDIER, Joffre. *Lazer e cultura popular*. 3ª Edição. São Paulo: Ed. Perspectiva., 1973. p. 34.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA, Paula. IBGE: 23% dos jovens de 15 a 29 anos não estudam e nem trabalham. *O Globo*, Rio de Janeiro, 19 jun. 2019. Sociedade. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/ibge-23-dos-jovens-de-15-29-anos-nao-estudam-nem-trabalham-23748808>. Acesso em: 05 jun 2021.

GONÇALVES, Eduardo. Saiba quais são as três cidades mais violentas do Brasil. *Veja*, São Paulo, 05 ago 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/saiba-quais-sao-as-tres-cidades-mais-violentas-do-brasil/>. Acesso em: 05 jun 2021.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 5ª. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MOURA JÚNIOR, Joaquim Fernandes de. *O princípio da coculpabilidade no Direito Penal*. 2013, Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós Graduação. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2012/trabalhos\\_22012/JoaquimFernandesMouraJR.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/JoaquimFernandesMouraJR.pdf). Acesso em: 17 jun 2021.

LANNOY, Carlos de; LEITÃO, Leslie. RJ tem 1,4 mil favelas dominadas por criminosos, aponta relatório. G1. Portal de Notícias. Rio de Janeiro, 06 jul 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/07/06/rj-tem-14-mil-favelas-dominadas-por-criminosos-aponta-relatorio.ghtml>. Acesso em: 05 jun 2021.

LASTORIA, Edmar Ricardo. Desigualdade - Pessoas sem casa, casas sem pessoas, por Edmar Lastoria. *Cision PRNewswire*, Florianópolis, 05 fev. 2021. Disponível em: <https://www.prnewswire.com/news-releases/desigualdade-pessoas-sem-casa-casas-sem-pessoas-por-edmar-lastoria-852708006.html#:~:text=5%2C8%20milh%C3%B5es,-,O%20Brasil%20possui%20cerca%20de%2033%20milh%C3%B5es%20de%20pessoas%20em,vivam%20nos%20grandes%20centros%20urbanos>. Acesso em: 05 jun 2021.

LIMA, Bruna. SOUZA, Carine. Pandemia evidenciou desigualdade na educação brasileira. *Correio Braziliense*, 28 dez 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/euestudante/educacao-basica/2020/12/4897221-pandemia-evidenciou-desigualdade-na-educacao-brasileira.html>. Acesso em: 05 jun 2021.

MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. *O princípio da Co-Culpabilidade e sua aplicação no Direito Penal brasileiro*. In: XXI Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), Universidade Federal Fluminense: Rio de Janeiro, 2013, p. 209-238. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>. Acesso em: 18 jun. 2021.

MARTINS, Leandro. Brasil tem 35 milhões de pessoas sem acesso à água potável. *Agência Brasil*, Brasília, 22 mar. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/saude/audio/2021-03/saneamento-basico#:~:text=Quase%2035%20mil%C3%B5es%20de%20brasileiros,coleta%20de%20esgotos%20no%20pa%C3%ADs>. Acesso em: 05 jun 2021.

MASULLO, Yata Anderson Gonzaga; ROCHA, Janderson; MELO, Silas de Nogueira. O cárcere brasileiro e o perfil social do sistema prisional do Maranhão. *Geosul*, Florianópolis, v. 35, n. 76, p. 662-683, set. 2020. Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/70134/44433>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MERTON, Robert K.. Social Structure and Anomie. *American Sociological Review*, v. 3, n. 5, p. 672-682, out. 1938. Disponível em:

<http://www.csun.edu/~snk1966/Robert%20K%20Merton%20-%20Social%20Structure%20and%20Anomie%20Original%201938%20Version.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

MORAES, Fabio Trevisan. *Direito fundamental à segurança pública e políticas públicas*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, 2010. Disponível

em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

MOTA, Camilla Veras. Brasil é o segundo pior em mobilidade social em ranking de 30 países. *BBC News Brasil*, São Paulo, 15 jun. 2018. Disponível em:

<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44489766>. Acesso em: 08 jun. 2021.

MOURA, Grégore. *Do princípio da co-culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006

NETO, Caitano. A fome no Brasil é um problema antigo que está cada vez mais presente. *EcoDebate*, 06 out 2020. Disponível

em: <https://www.ecodebate.com.br/2020/10/06/a-fome-no-brasil-e-um-problema-antigo-que-esta-cada-vez-mais-presente/#:~:text=Em%20m%C3%A9dia%20de%202015%20pessoas%20morrem,morreram%20por%20desnutri%C3%A7%C3%A3o%20no%20Brasil>. Acesso em: 05 jun 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense Ltda. 2020.

PINTO, Hélio Pinheiro. Teoria da Anomia segundo Robert King Merton e a

sociedade criminógena: seria o delito uma resposta à frustração de não ser bem sucedido na vida?. *Revista da ESMAL*, Alagoas, ano 2017, n. 6, p. 39-51, nov. 2017. Disponível em:

<http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/78/24>. Acesso em: 08 jun. 2021.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 12, n. 46, p. 46-72, jan. - fev. 2004. Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5671702/mod\\_folder/content/0/ROXIN%2C%20Claus.%20A%20culpabilidade%20e%20sua%20exclus%C3%A3o%20no%20Direito%20Penal.%20Revista%20Brasileira%20de%20Ci%C3%A7ncias%20Criminas.%20n.%2046%2C%20v.%2012%2C%202004.%20p.%2046-72..pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5671702/mod_folder/content/0/ROXIN%2C%20Claus.%20A%20culpabilidade%20e%20sua%20exclus%C3%A3o%20no%20Direito%20Penal.%20Revista%20Brasileira%20de%20Ci%C3%A7ncias%20Criminas.%20n.%2046%2C%20v.%2012%2C%202004.%20p.%2046-72..pdf?forcedownload=1). Acesso em: 18 jun. 2021.

SAÚDE pública: um panorama no Brasil. *Politize*, 26 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/panorama-da-saude/>. Acesso em: 05 jun. 2021.

SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 04 jun. 2021.

TOKARNIA, Mariana. Analfabetismo cai, mas Brasil ainda tem 11 milhões sem ler e escrever. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 15 jul 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos>. Acesso em: 05 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Culpabilidade por Vulnerabilidade. *Revista Discursos Sediciosos* n. 14. Rio de Janeiro: *Revan*, 2004, p. 31-48. Disponível em: [http://www.freixinho.adv.br/artigos/descricao.php?id\\_publicacoes=14](http://www.freixinho.adv.br/artigos/descricao.php?id_publicacoes=14). Acesso em: 11 abr. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

# A CONTRIBUIÇÃO DO CONCILIADOR NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

## CONCILIATOR'S CONTRIBUTION IN SPECIAL CRIMINAL COURTS

Ana Clara Fernandes do Prado<sup>1</sup>  
Cynara Slide Mesquita Veloso<sup>2</sup>  
Gabriela Maria Ramalho Lopes<sup>3</sup>

### Resumo

Embora a Justiça Retributiva prevaleça no ordenamento jurídico nacional, os Juizados Especiais dispõem da conciliação e mediação, instrumentos que observam os princípios da Justiça Restaurativa. Conforme o inciso I do artigo 98 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os Juizados de competência criminal alcançam as infrações de menor potencial ofensivo e tem por finalidade o acordo entre as partes e a conciliação, objeto de estudo desta pesquisa, é conduzida no intuito de promover um acesso à justiça célere e autocompositivo através de um acordo para reconhecer a responsabilidade do infrator e a reparação dos danos causados à vítima. Por conseguinte, o objetivo desta pesquisa é a análise do papel e contribuição do conciliador para promover o acesso à justiça neste contexto. Diante deste fim, foi aplicado o método dedutivo, apoiado na pesquisa bibliográfica e documental acerca dos Juizados Especiais Criminais estabelecendo um comparativo entre o cenário nacional, do estado de Minas Gerais e da comarca de Montes Claros/MG. Ao longo dos estudos e apreciações dos dados coletados foi possível ressaltar a importância da capacitação destes profissionais para atingir autocomposições consoantes às diretrizes da Justiça Restaurativa. Todavia, outro apontamento obtido diz respeito à falta de qualificação destes profissionais em Montes Claros e, conseqüentemente, atuação insuficiente para o acesso à justiça, concluindo que a capacitação é indispensável, mas reconhecendo a possibilidade de haver outros municípios na mesma condição.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça. Justiça Restaurativa. Juizados Especiais Criminais. Conciliação. Conciliadores.

### Abstract

Although Retributive Justice prevails in the national legal system, the Special Courts have conciliation and mediation, instruments that observe the principles of Restorative Justice. Pursuant to item I of article 98 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, the courts of criminal jurisdiction reach the offenses of lesser offensive potential and have as purpose the agreement between the parties and the conciliation, object of study of this research, is conducted in order to promote swift and self-composed access to justice through an agreement to recognize the offender's responsibility and the reparation of the damage caused to the victim. Therefore, the objective of this research is to analyze the role and contribution of the conciliator to promote access to justice in this context. For this purpose, the deductive method was applied, supported by bibliographical and documentary research about the Special Criminal Courts, establishing a comparison between the national scene, the state of Minas Gerais and the region of Montes Claros/MG. Throughout the studies and assessments of the data collected, it was possible to emphasize the importance of training these professionals to achieve self-compositions in line with the guidelines of Restorative Justice. However, another note obtained concerns the lack of qualification of these professionals in Montes Claros and, consequently, insufficient assessment for access to justice, concluding that training is essential, but recognizing the possibility of having other municipalities in the same condition.

**Keywords:** Access to Justice. Restorative Justice. Special Criminal Courts. Conciliation. Conciliators.

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Endereço eletrônico: anaclarafprado@hotmail.com.

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES (1992), mestrado em Ciências Jurídico – políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001) e doutorado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2008). Atualmente é professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Montes Claros, professora do Curso de Graduação em Direito das Faculdades Integradas Pitágoras e professora pesquisadora da Faculdade do Vale do Gurutuba. Coordenadora do Projeto de Conciliação Judicial e Extrajudicial do Curso de Direito da UNIMONTES. Endereço eletrônico: direito@unifipmoc.edu.br.

<sup>3</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Estagiária da LG Assessoria e Consultoria. Endereço eletrônico: ramalholopes.gabriela@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

A forma de resolução de conflitos predominante no Brasil está pautada na Justiça Retributiva a qual prevalece o ritual solene e tem por objetivo identificar a culpa do agente e puni-lo. Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro acompanhou as ondas renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) reconhecendo os princípios da Justiça Restaurativa o qual refere-se a um procedimento informal e colaborativo em que as partes resolvem os danos ativamente, como o controle do acordo a ser celebrado, promovendo a harmonia com dignidade.

A conciliação compreende-se com um instrumento da Justiça Restaurativa no judiciário nacional e consiste em método consensual de resolução de conflitos no qual um terceiro imparcial conduz as partes para resolverem os danos através da composição amigável, esquivando-se da jurisdição. Este instituto está presente nos Juizados Especiais, tanto na competência cível como na criminal.

Assim, a presente pesquisa tem como objetivo analisar o papel e contribuição do conciliador no âmbito dos Juizados Especiais Criminais e como tais fatores interferem no acesso à justiça.

Para a realização deste artigo foi empregado o método dedutivo. Assim sendo, a partir da apreciação bibliográfica sobre os conceitos de acesso à justiça, da conciliação e dos conciliadores nos juizados especiais criminais, juntamente a pesquisa documental de relatórios e diagnósticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

Dessa forma, a princípio o objeto de estudo consistiu no acesso à justiça e os métodos de resolução de conflitos utilizados pelos Juizados Especiais Criminais. Seguidamente, foi analisada a conciliação nos Juizados Especiais Criminais e a contribuição bem como o papel do conciliador nos Juizados Especiais da Comarca de Montes Claros, fazendo a análise de dados estatísticos.

Em decorrência do grande e crescente número de conflitos que cabe ao Poder Judiciário solucionar, a utilização da Justiça Restaurativa e a adoção de métodos alternativos para a resolução dos litígios torna-se importante ferramenta para promover o acesso à Justiça e facilitar a reparação dos danos através de um consenso entre as partes.

Viabilizando maior celeridade e gerando menos burocracia quando comparada à jurisdição, a conciliação, que é instrumento de resolução de conflitos extrajudicial, é conduzida por um conciliador e tem por finalidade extinguir o processo através de um acordo entre as partes.

Nesse viés, o presente estudo analisa o percentual de acordos alcançados e os desafios para o crescimento desses índices favoráveis, tornando pertinente e atual a análise dos desafios do acesso à Justiça nos Juizados Especiais Criminais de Montes Claros.

## **2 ACESSO À JUSTIÇA E AS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

O direito ao acesso à justiça é, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), uma garantia social básica reconhecida após o período das sociedades do *laissez-faire*, quando as ações e relacionamentos passaram a ter natureza coletiva. Assim como os demais direitos sociais, o direito ao acesso à justiça se refere a um requisito que visa assegurar as prerrogativas individuais estabelecidas no Estado Liberal, além de ser um instrumento para promover um sistema judiciário igualitário.

No cenário do liberalismo econômico, a justiça alcançava apenas aqueles com poder econômico suficiente para custeá-la, todavia, ainda com o Estado assumindo uma posição ativa para salvaguardar os direitos sociais, entraves como este ainda não foram superados. Nesse sentido, Cappelletti e Garth elencam os três principais obstáculos para o acesso à justiça, sendo eles: as custas judiciais; a possibilidade das partes e os problemas especiais dos interesses difusos<sup>4</sup>.

Assim definido, os autores verificam a existência de um padrão evidenciado por estes obstáculos que implicam na reivindicação por seus direitos:

Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses. Refletindo sobre essa situação, é de se esperar que os indivíduos tenham maiores problemas para afirmar seus direitos quando a reivindicação deles envolva ações judiciais por danos relativamente pequenos, contra grandes organizações<sup>5</sup>.

Considerando os reflexos de tais entraves, os respectivos autores da obra “Acesso à Justiça” afirmam que seria necessário ao judiciário, representado pela figura do juiz, reconhecer outras técnicas para resolução de conflitos. Sendo que a jurisdição, representada pelas cortes, não seria a única alternativa existente<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 4-11.

<sup>5</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11.

<sup>6</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31.

Dessa forma, é proposto pelos autores três ondas que seriam capazes de solucionar os problemas para o acesso à justiça. A primeira delas seria composta pela assistência jurídica aos pobres, e a segunda, pela representação jurídica para os direitos difusos. Já a terceira, seria sob o novo enfoque do acesso à justiça pautado na alteração de procedimentos – sendo que esta última compõe um dos núcleos da presente pesquisa. Em suma, o apresentado pela terceira onda é uma variedade de reformas cujo objetivo seria “evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios”<sup>7</sup>.

Tendo em vista que uma das tendências apontadas na obra “Acesso à Justiça” é a adoção de métodos alternativos para a resolução de conflitos, ou seja, a Justiça Restaurativa, deve ser analisado nesse contexto, como meio alternativo e facilitador para a resolução de conflitos, conforme proposto pela terceira onda renovatória, os Juizados Especiais no Brasil.

Após uma experiência positiva do Tribunal de Pequenas Causas, os Juizados Especiais são regulamentados pela Lei 9099, de 26 de setembro de 1995, tendo por base a previsão constitucional do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Os Juizados Especiais compõem o poder Judiciário, sendo orientados pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade. Sua finalidade é oferecer à população uma justiça que, de forma efetiva, seja capaz de solucionar conflitos de pequeno porte e a reparação dos danos sofridos pelas vítimas, por meio da conciliação ou transação, evitando a aplicação da pena privativa de liberdade.

Através da criação desses órgãos, a forma de prestação jurisdicional pelo Estado brasileiro e o conseqüente acesso à justiça sofrem significativas mudanças, conforme apresentado pelo Diagnóstico dos Juizados Especiais:

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais trouxeram mudanças significativas na forma de prestação jurisdicional pelo Estado brasileiro, dentre as quais se destacam: a mitigação do formalismo, a diminuição dos custos para o acesso ao Poder Judiciário e a priorização de técnicas pioneiras de mediação e conciliação, que tanto contribuem para a pacificação, a harmonização e o restabelecimento das relações humanas nas esferas econômica, moral, psicológica e social. Assim, a instituição desses novos órgãos judiciais contribuiu, de modo relevante, para a construção de uma justiça mais cidadã, eficiente e responsável<sup>8</sup>.

Como exposto pelo Diagnóstico, a partir de então tem-se a utilização das técnicas restaurativas na composição dos litígios, baseadas na reparação do dano através de um consenso selado entre as partes – vítima, infrator e, quando oportuno, membros da comunidade. Neste

---

<sup>7</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26.

<sup>8</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020a, p.7.

contexto, os respectivos sujeitos contribuem ativamente para a solução do conflito e para a restauração do dano, pois o foco está nas relações entre as partes<sup>9</sup>.

Portanto, o crime, para a justiça restaurativa, não é apenas uma conduta típica e antijurídica que atenta contra bens e interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, é uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à Justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado, oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, [...].<sup>10</sup>

Nesse viés, é apresentada a chamada justiça restaurativa, caracterizada como rito informal e voluntário, no qual as partes colaboram positivamente para restauração dos danos, pensando na coletividade e no seu futuro, de forma diferente da Justiça Retributiva, pautada na punição do agente. Nestes termos, conforme a Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, de 2002, são reconhecidos como instrumentos de resolução de conflitos extrajudiciais a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária e os círculos decisórios<sup>11</sup>.

Logo, dentre tais instrumentos expostos, a conciliação, que está sob enfoque desta pesquisa, é o processo pelo qual as partes, orientadas pelo profissional conciliador, objetivam resolver o litígio, através de uma composição amigável, de forma a evitar a jurisdição, dentro dos moldes previstos pela lei. Além disso, conforme a Lei 9099/95, a conciliação somente ocorrerá no Juizado Criminal quando se tratar de ação penal privada ou pública, condicionada à representação.

### **3 A CONCILIAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E O ACESSO À JUSTIÇA**

Sabendo que a conciliação é método consensual de resolução de conflitos, é possível afirmar que sua finalidade é “o alcance de um acordo que possa ensejar a extinção do processo, e para isso foca-se no objeto da controvérsia materializado na lide processual”<sup>12</sup>.

Mais simples e menos burocrática que a jurisdição, a conciliação viabiliza também maior celeridade para as resoluções de conflitos. Dessa forma, os Juizados Especiais, que buscam justamente economia processual e formas alternativas para solucionar os litígios, destacam a conciliação como importante ferramenta na busca do acesso à justiça. Nesse sentido:

---

<sup>9</sup> PINTO, 2010, p. 17.

<sup>10</sup> PINTO, 2010, p. 17.

<sup>11</sup> PINTO, 2010, p. 15.

<sup>12</sup> BACELLAR, 2016, p.86.

“a conciliação é o carro-chefe dos Juizados Especiais, e a presença dos conciliadores e juízes leigos, que multiplicam a capacidade produtiva dos magistrados, é o segredo de seu sucesso”<sup>13</sup>.

Tanto nos Juizados Especiais Criminais quanto nos Juizados Especiais Cíveis, o objetivo buscado é “a composição dos danos que retrata as mesmas características de conciliação. Independente do tipo [...] é possível conciliar”<sup>14</sup>. Cabe ao presente estudo, entretanto, abordar os aspectos que dizem respeito à conciliação no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

De acordo com a Lei 9099/95, a conciliação nos Juizados Especiais Criminais pode ser conduzida de forma que permita a composição civil dos danos e a transação penal.

Na composição civil dos danos ocorrerá tentativa de acordo entre a vítima e o autor dos fatos. Se obtido sucesso no acordo, a consequência será a respectiva renúncia ao direito de apresentar queixa-crime ou representação, sendo esta opção possível aos crimes de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação. Já na transação penal, o objetivo é firmar acordo entre o Ministério Público e o agente, para que seja cumprida pena antecipada de multa ou restrição de direitos, sem instauração de processo.

Nesse sentido, o art. 72 da Lei prevê a realização de uma audiência preliminar. A audiência é composta por três fases: composição dos danos civis, transação penal e oferecimento oral de denúncia:

Na audiência preliminar, as partes são esclarecidas de maneira informal sobre a possibilidade de composição amigável, quanto aos danos civis (materiais e morais), e de que, no caso de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação nos termos do parágrafo único do art. 74 da Lei n. 9.099/95, a composição implicará em renúncia ao direito de queixa ou de representação<sup>15</sup>.

Ademais, conforme consta também no artigo, na audiência preliminar estarão presentes representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados. Nesse contexto, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Percebe-se, pois, que a finalidade da Lei é justamente auxiliar no processo de reparação dos danos sofridos pelo prejudicado que foi vítima do ilícito penal. Além disso, promover a restauração dos danos e acordo entre as partes, em consequência da responsabilidade civil gerada, sem que o litígio tenha que correr pelas vias jurisdicionais.

---

<sup>13</sup> BACELLAR, 2016, p 93.

<sup>14</sup> BACELLAR, 2016, p. 94.

<sup>15</sup> TOURINHO NETO; FIGUEIRA JUNIOR, 2011 *apud* BACELLAR, 2016.

Juiz, promotor, advogado, vítima e autor do fato conversam sobre o conflito, os motivos e as razões que o informam e buscam uma solução, sem imposição de pena. Embora a lei dos Juizados Especiais trate das medidas alternativas, no caso da transação penal, como hipóteses de aplicação de pena (não privativa de liberdade), não é de pena propriamente dita que se trata<sup>16</sup>.

De forma mais rápida e amigável, a conciliação, nesses casos, facilita o acesso à justiça, visto que é capaz de solucionar os litígios existentes através de um acordo entre as partes, não sendo necessário o caminho dos longos processos. Não há imposição de pena privativa de liberdade ao agente que comete o ilícito penal e a jurisdição fica reservada aos crimes de maior potencial ofensivo: “sanção penal deve ser reservada apenas para os crimes violentos e infrações mais graves”<sup>17</sup>.

Contudo, solucionar as controvérsias entre as partes, por meio desse mecanismo consensual, que promove também o acesso à justiça, depende, fundamentalmente, da maneira que é conduzida a audiência de conciliação pelos profissionais. “Com uma adequada condução da audiência, essas formas consistentes em conciliação, composição e transação podem conduzir à pacificação dos conflitos”<sup>18</sup>.

Tendo em vista que a conciliação é uma negociação assistida por um terceiro conciliador, e a função desses profissionais é de conduzir as negociações, restabelecendo a comunicação entre as partes durante esse processo, a Lei dos Juizados Especiais regulamenta em seu artigo 7º que os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça.

São recrutados os conciliadores, preferencialmente, entre os bacharéis de direito, e, os juízes, entre os advogados com mais de cinco anos de experiência. A conduta dos conciliadores deve obedecer aos princípios norteadores da conciliação e da mediação, dispostos no art.166 do Código de Processo Civil (CPC/2015), Lei n 13.105/2015.

Nesse sentido, o Manual de Mediação e Conciliação na Justiça Federal do Conselho Nacional de Justiça (2019) apresenta as principais características de cada um dos princípios. Os conciliadores, segundo o Manual, devem respeitar ao princípio da independência para conduzir as audiências, tendo em vista que “o conciliador não é obrigado a redigir um acordo manifestamente ilegal nem se sujeitar à ordem indevida de quaisquer das partes ou mesmo do juiz”<sup>19</sup>.

Do mesmo modo, é necessária a obediência ao princípio da imparcialidade: “[...] o terceiro facilitador não deve manifestar preferência por qualquer das partes ou por qualquer um

---

<sup>16</sup> BACELLAR, 2016, p.96.

<sup>17</sup> BACELLAR, 2016, p. 95.

<sup>18</sup> BACELLAR, 2016, p.96.

<sup>19</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p.37.

dos seus interesses”<sup>20</sup>. Bem como ao da autonomia de vontade das partes, uma vez que “o conciliador e o mediador devem tomar cuidado para não invadir a autonomia de vontade das partes, zelando para que sua concepção de Justiça não interfira indevidamente durante o procedimento”<sup>21</sup>.

É igualmente importante o respeito ao princípio da confidencialidade pelos conciliadores, sendo que “para as partes, a confidencialidade ajuda a criar o espaço necessário para uma comunicação franca e livre”<sup>22</sup>. Sendo também necessário observar a oralidade, valorizando “[...] formas simples, feitas oralmente, e não por escrito, por meio do contato direto entre as partes”<sup>23</sup>.

Por fim, devem os profissionais prezar pela informalidade, visto que “há uma flexibilidade procedimental, o que permite que os envolvidos se sintam mais livres para buscar uma solução conjunta sem se prender a questões meramente de forma”<sup>24</sup>. E também obedecer ao princípio da decisão informada, sendo que “as partes possuem liberdade para decidir, desde que tomem essa decisão de modo consciente, ou seja, que tenham sido previamente informadas”<sup>25</sup>.

Além de obedecer aos princípios estabelecidos pelo Código de Processo Civil, é também importante que os conciliadores saibam se portar diante de situações de dificuldade. Nesse sentido, o Manual do Conciliador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2017) elenca, por exemplo, que o conciliador deve saber contornar situações que envolvem ânimos exaltados durante as audiências, hipótese de agressão, embriaguez, porte de arma, representação por preposto e em relação aos menores de idade são elencadas pelo manual com as devidas instruções. As medidas tomadas diante de tais condições pelos conciliadores influenciam diretamente no resultado das audiências.

Percebe-se que profissionais capacitados, com atuação pautada na técnica jurídica e bem preparados são, dessa forma, indispensáveis para a obtenção de resultados favoráveis nas audiências.

---

<sup>20</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p.35.

<sup>21</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p.37.

<sup>22</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p.32.

<sup>23</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p.32.

<sup>24</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p.31.

<sup>25</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019b, p.37.

#### **4 A CONTRIBUIÇÃO E O PAPEL DO CONCILIADOR NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS DE MONTES CLAROS**

Em harmonia com as exposições anteriores, a presente seção tem como objetivo a apreciação da contribuição e o papel do conciliador nos juizados especiais criminais na comarca de Montes Claros/MG. Logo, a pesquisa parte do método dedutivo, amparada pela análise bibliográfica atrelada à consulta documental do contexto local, em comparação ao cenário nacional e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG.

Desta forma, foram considerados os dados disponibilizados pela Coordenação do Projeto Conciliação Judicial e Extrajudicial em Montes Claros em consulta a comarca do município e tribunal do respectivo estado, concomitantemente aos relatórios e informações disponibilizadas em bancos de dados de pesquisa e órgão oficiais do Judiciário, como o Diagnóstico dos Juizados Especiais e Relatório de Acompanhamento da Estratégia Nacional, ambos de 2020.

Acerca do cenário nacional da conciliação, uma das metas propostas pelo CNJ aos tribunais foi estimular a conciliação defronte ao macrodesafio da adoção de soluções alternativas de resolução de conflitos, para um desfecho mais pacífico, autocompositivo e célere. Entretanto, os tribunais estaduais demonstraram alta complexidade de alcançar o seu objetivo de subir dois pontos percentuais no índice de conciliação, com relação ao indicativo do ano anterior, no relatório Justiça em Número de 2020 – cumprindo apenas 64,06% da sua intenção<sup>26</sup>.

Diante deste contexto geral nos Juizados Especiais, o diagnóstico do CNJ de 2020 demonstra que no período de cinco anos o maior percentual no índice de conciliação foi de 21%, alcançados nos anos de 2016 e 2019. Ademais, sobre a competência criminal o mesmo indicativo aponta que nas audiências de composição civil dos juizados do interior apenas 23,7% são presididas por conciliadores, sendo 34,7% por magistrados – situação contrária nos juizados criminais de capitais, prevalecendo a condução por conciliadores<sup>27</sup>.

Para avaliar a contribuição dos conciliadores nos juizados especiais criminais em Minas Gerais, foram considerados os dados do TJMG sobre a quantidade de audiências de conciliação agendadas, realizadas e acordos celebrados nos últimos cinco anos. Assim, observou-se que das 66.470 audiências agendadas, aproximadamente 47 foram realizadas, sendo que apenas 20% resultaram em acordos. Ademais, é possível constatar o aumento progressivo de acordos

---

<sup>26</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020c, p. 31.

<sup>27</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020a, p. 78.

celebrados ao longo destes anos, embora ter ocorrido em 2020 uma queda de 3,6% neste indicativo.

**Tabela 01:** Conciliação nos Juizados Especiais Criminais de Minas Gerais.

Ano	Audiências Realizadas	Acordos Celebrados
2016	2311	1603
2017	8198	5452
2018	12793	9077
2019	15804	11281
2020	8056	5461

Fonte: TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Usufruindo do mesmo método de análise, no contexto da conciliação no município de Montes Claros-MG, observou-se que, embora o percentual de acordos celebrados mantém-se igual ao de Minas Gerais, essa relação não se manteve consideravelmente estável, visto que em 2018 nenhum acordo foi celebrado das 42 audiências realizadas, conforme demonstra a Tabela 02 a seguir.

**Tabela 02:** Conciliação nos Juizados Especiais Criminais de Montes Claros/MG.

Ano	Audiências Realizadas	Acordos Celebrados
2016	0	0
2017	70	6
2018	42	0
2019	37	26
2020	0	0

Fonte: TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Diante dos dados expostos, nota-se que em paralelo ao cenário nacional e ao do estado de Minas Gerais, a comarca de Montes Claros/MG apresenta dificuldades de acompanhar os desempenhos das demais comarcas do estado e tribunais de justiça.

Apesar do relatório realizado pelo CNJ afirmar que a capacitação dos magistrados e servidores influenciou positivamente para estimular a conciliação nos Juizados Especiais, na comarca norte-mineira as audiências são presididas pelos acadêmicos do curso de Direito das faculdades locais, sendo que estes não são amparados por uma capacitação de qualidade<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020c; DIAS, et al., 2019.

Ainda sobre a deficiência nos Juizados Especiais Criminais do município, é possível afirmar que a contribuição dos conciliadores para celebração de um acordo pode estar avariada, visto que a capacitação destes acadêmicos qualificá-los-iam para audiências mais complexas, conduzindo as partes para uma solução do conflito atendendo os princípios da justiça restaurativa, de forma que frisam o Relatório de Acompanhamento da Estratégia Nacional de 2020 e Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal.

Portanto, visando à apreciação da contribuição e o papel do conciliador na comarca de Montes Claros/MG, consideram-se os dados expostos à luz dos conceitos e finalidades anteriormente delimitadas.

Nesse sentido, Bacellar (2016) afirma que a função e o objetivo do conciliador se concentram na formalização de um acordo que dê fim ao conflito e processo existente. Logo, considerando a relação de audiências de conciliação e acordos celebrados nos Juizados Especiais Criminais de Montes Claros/MG, verifica-se que nestes últimos cinco anos, a atuação foi insuficiente para viabilizar um diálogo entre as partes que resultasse na resolução dos conflitos nos moldes da justiça restaurativa.

## **5 CONCLUSÃO**

Considerando que a conciliação nos Juizados Especiais Criminais é instrumento substancial para a composição dos conflitos de menor potencial ofensivo em observância às diretrizes da Justiça Restaurativa, através da bibliografia explorada o papel do conciliador é definido pela função de evitar a jurisdição, conduzindo as partes para resolução amigável através da celebração do acordo prevalecendo a vontade das partes.

Desta forma, os Juizados Especiais de competência criminal visam a economia processual, a responsabilização e reparação dos danos causados, bem como a transação penal do infrator conforme acordo restaurativo. Todavia, conforme bem expressa Bacellar (2016) solucionar estes conflitos procede da forma com que a audiência é conduzida.

Acerca da atuação dos conciliadores, além de estarem em harmonia aos princípios restaurativos, o Conselho Nacional de Justiça frisa a importância da capacitação respectivos profissionais para a ampliação dos acordos celebrados – sendo este o principal fator apontado pelo Relatório de Acompanhamento da Estratégia Nacional de 2020 para a expansão de soluções alternativas de resolução conflitos no cenário nacional.

Entretanto, conforme demonstrado através da apreciação dos dados na comarca de Montes Claros/MG, esta realidade não é absoluta, visto que os acadêmicos atuantes como conciliadores no município não dispõem da capacitação necessária para conduzir

satisfatoriamente as audiências. Isto posto, estende-se ao questionamento da atuação destes profissionais nas demais comarcas para a solução de conflitos nos Juizados Especiais Criminais.

Portanto, tendo em vista que o papel destes profissionais corrobora para o acesso à justiça rápido e amigável, entende-se que, em cenários como do Juizados Especiais de Montes Claros, estes fatores comprometem o acesso a autocomposição podendo, inclusive sobrecarregar os serviços jurisdicionais que estariam destinados às infrações de maior potencial ofensivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico dos Juizados Especiais/Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal**. Brasília: CNJ, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de Acompanhamento da Estratégia Nacional 2020**. Brasília (DF): CNJ, 2021.

CELANT, João Henrique Pickcius; GARCIA, Denise Schimitt Siqueira. A conciliação nos juizados especiais como fusão de horizontes. **REVISTA JURÍDICA CESUMAR**, v.15, n.1, p.247-263, 2015.

DA SILVA, Paulo Eduardo Alves. POR UM ACESSO QUALITATIVO À JUSTIÇA-O PERFIL DA LITIGÂNCIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**, n. 75, p. 443-466, 2019.

DIAS, Beatriz Ferreira; VELOSO, Cynara Silde Mesquita; GABRICH, Lara Maia Silva. Conciliação nos juizados especiais cíveis e acesso à justiça em Montes Claros. **REVISTA QUÆSTIO IURIS**, v. 12, n. 1, p. 380-398, 2019.

GARCIA, Daniela. **Juizados especiais cíveis e a falha na aplicabilidade dos princípios em relação às audiências de conciliação, ante a nova realidade dos números processuais dos juizados especiais**. Disponível em: <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974725843453.pdf>. Acesso em 27 de abril de 2021.

MURARO, Célia Cristina. **O papel do conciliador no juizado especial criminal**. 2014. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/papel-conciliador-juizado-especial-criminal/>. Acesso em 27 de abril de 2021.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. **Revista Paradigma**, n. 19, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Manual do conciliador**. Florianópolis. 2017.

# A INTERPRETAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA SOBRE O CONCEITO DE “RESÍDUO”

## *THE CONCEPT OF “WASTE” GIVEN BY THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION*

*Fernanda Alves de Carvalho*<sup>1</sup>

### **Resumo**

Este trabalho teve por objetivo apresentar a interpretação do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) acerca do conceito de resíduo. Para alcançar este objetivo, pretendeu-se, inicialmente, resgatar as principais normas jurídicas europeias que definem o significado de “resíduo”. Em seguida, pretendeu-se apresentar um caso emblemático sobre o assunto, conhecido como o “caso da Comuna de Mesquer”, julgado em 2008, a fim de expor a solução jurídica que o TJUE empreendeu para interpretar esse conceito. Por fim, o artigo se propôs a trazer outros três casos recentes nos quais o conceito de resíduo foi tema controverso, e sobre os quais o TJUE também foi provocado a dirimir o conflito. A metodologia utilizada para a seleção dos três casos subsequentes ao caso da Comuna de Mesquer consistiu em filtrar na base de dados de jurisprudência do TJUE apenas os acórdãos publicados após 2008 e que continham na ementa os termos “conceito” ou “noções” de resíduos. Considerando que a seleção se deu pela leitura das ementas, atenta-se ao fato de não se tratar de uma pesquisa exaustiva. Após a análise destes casos, concluiu-se que se trata de um conceito aberto, ainda em construção, cujas definições se amoldam aos casos concretos.

**Palavras-chave:** Tribunal de Justiça da União Europeia. Direito Ambiental. Resíduo.

### **Abstract**

This work aimed to present the interpretation of the Court of Justice of the European Union (CJEU) on the concept of waste. To achieve this goal, it was initially intended to rescue the main European legal norms that define the meaning of “waste”. Then, it was intended to present an emblematic case on the subject, known as the “the Commune de Mesquer’s case”, judged in 2008, in order to expose the legal solution that the CJEU undertook to interpret this concept. Finally, it was intended to bring three other cases in which the concept of waste was a controversial issue, and on which the CJUE was also provoked to settle the conflict. The methodology used for choosing the three cases after the Comune de Mesquer’s case consisted of searching for the jurisprudence database of the CJUE, filtering only the judgments issued after 2008, and which the summary used the words “concept” or “notion” of waste. Taking account that the selection was done though the reading of the summary, it is not an exhaustive study on the subject. After analyzing these cases, it was concluded that it is an open concept that is still under construction, whose definitions are settle out case by case.

**Keywords:** Remembrance. Memory. Autonomy. Personhood.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito e Mestre em Direito Internacional Público pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogada Voluntária da Divisão de Assistência Judiciária da UFMG. Endereço eletrônico: fernandalvesc@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

As evidências e crescentes preocupações com o destino dado ao lixo pela comunidade internacional impulsionaram, durante as últimas quatro décadas, o surgimento de regulamentações específicas acerca da gestão dos resíduos, que têm sofrido constantes mudanças<sup>2</sup>. Para determinar a natureza do resíduo e o seu conseqüente regime jurídico, a seguinte pergunta se revela fundamental à discussão: o que é resíduo?

Para Baptiste Mosaigneon, “o que é qualificado como resíduo geralmente deixa pouco espaço para ambigüidades: resíduo é o que fica no lixo, que lota os aterros, que ‘polui a natureza’”<sup>3</sup>. A essa ideia de senso comum sobre o significado de resíduo se conecta a ideia de considerá-lo como um descarte, algo inútil, abandonado e que, nesta ótica, gera acumulação dessa matéria indesejada no meio ambiente.

Seguindo tal compreensão, o resíduo foi rapidamente entendido como um problema ambiental, pelo que as primeiras leis, surgidas na década de 70, visavam, principalmente, a proteção da saúde pública e do meio ambiente. Essa concepção intimamente ligada ao meio ambiente levou às primeiras definições de resíduo, que se deram pela escolha de termos e conceitos amplos e que não abarcariam todas as questões jurídicas que viriam a surgir. Ao contrário do senso comum expressado por Monsaigneon, esses termos abririam espaço a ambigüidades, contradições e complexidade.

Quanto a essas questões este trabalho pretende destacar as divergências que foram levadas ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) acerca do conceito de “resíduo”. Desse modo, este artigo tem o objetivo de traçar um panorama geral sobre a interpretação do conceito de “resíduo” construída pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, a fim de apresentar as evoluções e contribuir para a compreensão e sistematização desse conceito.

Para alcançar estes objetivos, pretende-se analisar quatro litígios decididos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, e que versaram especificamente sobre a interpretação do conceito de resíduo. Nesse cenário, destaca-se a importância da jurisprudência da Comuna de Mesquer<sup>4</sup>, também conhecida por “Caso do navio Erika”, julgada pelo TJUE em 2008, e que marcou influência nos julgados posteriores sobre o assunto.

---

<sup>2</sup> CHEYNE, Ilona. The definition of waste in EC Law. *Journal of Environmental Law*, p. 61, 2002.

<sup>3</sup> Tradução livre feita pela autora. Segue o trecho original: “*Dans l’usage quotidien, ce qui est qualifié de déchet ne laisse généralement que peu de place à l’équivoque : est déchet ce qui gît dans la poubelle, ce qui encombre les décharges, ce qui « pollue la nature »*”. MONSAINGEAON, Baptiste. *Homo Detritus. Critique de la société du déchet*. Editora Seuil: Paris, mai 2017, p. 27.

<sup>4</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso C-188/07. *Commune de Mesquer v. Total France SA e Total International Ltd*. Julgamento da Corte (Great Chamber), publicado em 24 de junho de 2008. Disponível em:

O capítulo dois pretenderá resgatar as disposições que versem especificamente sobre essa definição, elucidando os conceitos de “resíduo” disponíveis na legislação comunitária. O capítulo três analisará o caso da Comuna de Mesquer, uma vez que se tornou um importante precedente sobre a matéria estudada. O capítulo quatro procurará abordar três outros casos que trataram sobre o conceito de “resíduo”, apresentando a metodologia elegida para seleção dos casos. Por fim, o último capítulo apresentará os resultados encontrados. Ressalta-se que não se trata de uma pesquisa exaustiva, podendo haver outros precedentes que tratam sobre o assunto não abordados nessa pesquisa.

## **2 DEFINIÇÃO DE “RESÍDUOS” DE ACORDO COM AS DIRETRIZES E CONVENÇÕES DA UNIÃO EUROPEIA**

A determinação do conceito de resíduo implica em tensões ambientais, econômicas, estratégicas, técnicas e culturais. Isso porque uma determinada substância pode ser qualificada como resíduo, e obedecer a um regime jurídico próprio; ou como produto, obedecendo a outro regime jurídico, distinto daquele. Portanto, a depender da ótica pela qual uma determinada substância é analisada, às vezes será considerada um produto, às vezes um resíduo. Quando estas perspectivas se misturam, o exercício de qualificação atinge um alto nível de complexidade jurídica<sup>5</sup>.

Inicialmente, a preocupação referente à gestão e eliminação de resíduos ganhou força legal pela Comunidade Europeia em 1975, por meio da Diretiva 75/442/CEE<sup>6</sup>, de 15 de julho de 1975, relativa aos resíduos. Essa diretiva foi posteriormente, alterada pela Decisão 96/350/CE<sup>7</sup> da Comissão, de 24 de maio de 1996.

A Diretiva 75/442 trouxe a definição de resíduo em seu artigo primeiro, alínea “a”, na qual o conceituou como “qualquer substância ou objeto de que o detentor se desfaz ou tem a obrigação de se desfazer por força das disposições nacionais em vigor”. Trata-se de uma definição que pouco contribuiu para a compreensão do resíduo, pelas escolhas das palavras de sentido amplo, e pela indefinição das leis nacionais à qual faz referência. Apesar disso,

---

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=mesquer&docid=69388&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3431070#ctx1>. Acesso em: 30 de julho de 2021.

<sup>5</sup> HARADA, Louis-Narito. Qualification juridique du déchet : à la recherche des critères perdus. Revista BDEI. V. 2, p. 19, 2 mar. 2006.

<sup>6</sup> UNIÃO EUROPEIA. Council Directive 75/442/EEC of 15 July 1975 on waste. 1975. Jornal Oficial: L 194. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31975L0442>. Acesso em: 30 de julho de 2021.

<sup>7</sup> UNIÃO EUROPEIA. 96/350/CE: Decisão da Comissão de 24 de maio de 1996 que adapta os anexos II A e II B da Diretiva 75/442/CEE do Conselho relativa aos resíduos. Jornal Oficial: L 135, publicado em 06/06/1996. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31996D0350>. Acesso em: 30 de julho de 2021.

representou a primeira tentativa em qualificar o resíduo, oferecendo uma resposta aos anseios da comunidade europeia preocupada com o meio ambiente.

De acordo com o dispositivo citado, as linhas orientadoras para os estados membros seriam: a redução da produção de resíduos e da sua nocividade; a valorização dos resíduos por reciclagem; a reutilização, recuperação ou qualquer ação que vise obter matérias-primas ou utilização como fonte de energia; e a responsabilização do produtor pelos resíduos que produz. Dessa forma, percebe-se o intuito orientador desta diretiva, sem vincular de forma direta os Estados, e tampouco definir com precisão o significado de resíduo.

Dez anos depois, em 1985, foi assinada a Convenção de Basileia sobre o Controle dos Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação<sup>8</sup>. Para os fins da Convenção, acordou-se, conforme o artigo 2º, parágrafo primeiro, que a definição de “resíduos” seria compreendida por “substâncias ou objetos que são eliminados, que se tem a intenção de eliminar ou que se é obrigado a eliminar em decorrência do direito nacional vigente”. Tratou-se do primeiro instrumento a nível global que se propôs definir o conceito de resíduo.

Em ambos os documentos, percebe-se que a grande questão gravita em torno do termo “eliminar” ou “desfazer”, aqui compreendido como rejeitar, dispor ou livrar-se. Tratam-se de termos que trazem ambiguidades, e sobre as quais as próximas diretivas se manteriam silentes. Quanto a isso, o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que o âmbito do conceito de resíduo depende do significado do termo “desfazer-se”<sup>9</sup>, e que restará à jurisprudência estabelecer esta definição. Ainda, o TJUE afirma que as diretivas não especificam nenhum critério determinante que permita detectar a vontade do indivíduo de se desfazer daquele determinado objeto<sup>10</sup>, de modo que cada caso deve ser observado individualmente.

Em 2006, foi publicada a Diretiva 2006/12/CE<sup>11</sup>, de 5 de abril de 2006, relativa aos resíduos, na qual se definiu diversos conceitos-chaves, entre eles, novamente, o próprio resíduo. Nela, o art. 1º, parágrafo 1º, alínea “a”, dispõe que “resíduos” são “quaisquer substâncias ou

---

<sup>8</sup> UNIÃO EUROPEIA. Decisão do Conselho, de 1 de fevereiro de 1993, relativa à celebração, em nome da Comunidade, da Convenção sobre o controlo dos movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e sua eliminação (Convenção de Basileia). Jornal Oficial: L 39, publicado em 16 de fevereiro de 1993. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:L:1993:039:TOC>. Acesso em: 30 de julho de 2021.

<sup>9</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso C-129/96. Inter-Environnement Wallonie. Julgamento publicado em 15 de junho de 2000; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso C-418/97. ARCO Chemie Nederland. Julgamento publicado em 18 dez. 1997.

<sup>10</sup> CJCE, 11 nov. 2004, aff. C-457/02, Antonio Niselli : Rec. CJCE 2004, I, p. 10853, pts 33 et 34.

<sup>11</sup> UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2006/12/CE do Parlamento Europeu do Conselho de 5 de abril de 2006 relativa aos resíduos. Jornal Oficial: L 114. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0012&from=PL>. Acesso em: 30 de julho de 2021.

objetos abrangidos pelas categorias fixadas no anexo I<sup>12</sup> de que o detentor se desfaz ou tem a intenção ou a obrigação de se desfazer”. Vale ressaltar a importância do anexo I, tendo em vista que enumera e classifica 16 categorias de resíduos, tornando-se um documento que foi inicialmente visto com bastante entusiasmo para a aplicação da legislação supracitada.

No entanto, este catálogo foi rapidamente considerado de pouca utilidade, uma vez que representou apenas a enumeração de condições suplementares para a qualificação de resíduo<sup>13</sup>. Inicialmente, a lista parecia oferecer uma certa segurança jurídica, enquadrando de forma específica quais elementos seriam considerados resíduos. O item 3 das notas preliminares do catálogo ainda procurou restringir o seu campo de aplicação, indicando que o fato de uma matéria estar ali listada não significava que imediatamente se qualificaria como resíduo, mas deveria atender à definição completa do artigo primeiro. Por outro lado, a categoria Q16 fez o trabalho inverso, abrindo margem para interpretações extensivas. Com o âmbito de abarcar qualquer eventualidade, ela previu "Qualquer substância, matéria ou produto que não esteja abrangido pelas categorias acima referidas". Assim, a definição de resíduo poderia dar lugar a infinitas interpretações possíveis.

Por fim, em 2008, o Parlamento Europeu e do Conselho publicou a Diretiva 2008/98/CE<sup>14</sup>, de 19 de novembro de 2008, também relativa a resíduos. Nela, o artigo 3º, parágrafo primeiro, trouxe o conceito de “resíduos”, dispondo que se trata de “quaisquer substâncias ou objetos de que o detentor se desfaz ou tem intenção ou obrigação de se desfazer”. Conforme comentado anteriormente, a diretiva não sanou muitas lacunas acerca do conceito de resíduo, fazendo uso de palavras muito semelhantes àquelas da diretiva de 1975. Assim sendo, restou à jurisprudência analisar, caso a caso, quando algo seria ou não considerado resíduo.

### **3 O CASO DO NAVIO ERIKA (OU COMUNA DE MESQUER)**

O TJUE publicou o acórdão relativo ao caso do navio Erika<sup>15</sup> no dia 24 de junho de 2008, trazendo uma importante discussão acerca do conceito de “resíduo” para fins de responsabilização civil. O caso surgiu em decorrência do naufrágio do navio Erika, que

---

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 15.

<sup>13</sup> OUEDRAOGO, Thierry. LE DÉCHET : SA DÉFINITION JURIDIQUE ET SES ENJEUX DE DROIT INTERNATIONAL. La Revue du Centre Michel de l'Hospital - édition électronique. 26 nov. 2021, p. 8-17.

<sup>14</sup> UNIÃO EUROPEIA. DIRECTIVA 2008/98/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 19 de novembro de 2008 relativa aos resíduos e que revoga certas diretivas. Jornal Oficial: L 312. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32008L0098>. Acesso em: 30 de julho de 2021.

<sup>15</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso C-188/07. Commune de Mesquer v. Total France SA e Total International Ltd. Julgamento da Corte (Great Chamber), publicado em 24 de junho de 2008.

transportava hidrocarbonetos, e das consequências que causou para o litoral francês - na Comuna de Mesquer.

Em 12 de dezembro de 1999, o navio Erika foi atingido por uma forte tempestade e partiu-se em dois, ocasionando o derramamento de cerca de 19.800 toneladas de hidrocarbonetos - poluindo em torno de 450km da costa francesa. Esses hidrocarbonetos, também chamados de fuelóleos pesados, ao serem misturados com a água e a areia, geraram um produto não mais dotado de valor econômico, transformando-se em um descarte. Em decorrência disso, a Comuna de Mesquer arcou com o custo de € 69.232,42 (euros) com as operações de limpeza.

O caso teve início com as negociações efetuadas entre a sociedade italiana ENEL e a *Total International Ltd.* para o fornecimento de fuelóleo pesado, a fim de ser utilizado como combustível na produção de energia. Para a entrega do bem comercializado, a *Total France* vendeu o hidrocarboneto à sociedade *Total International Ltd.* que, para lograr o transporte do porto de Dunkerque (França) para o porto de Millazo (Itália), afretou o navio Erika.

Apesar de existir um fundo internacional para compensação pelos prejuízos devidos à poluição por hidrocarbonetos (CLC/92-FIPOL), a Comuna de Mesquer não foi indenizada com relação aos custos para limpeza, razão pela qual buscou tutela pelo judiciário francês. A ação foi julgada improcedente em primeira instância, sendo interposto recurso para a *Cour d'Appel* de Rennes.

Nesse estágio, o Tribunal de Rennes confirmou a decisão de primeira instância, declarando que o fuelóleo pesado era um produto com valor econômico, sendo uma matéria combustível elaborada com fins de determinada utilização e, portanto, não era possível afirmar que se tratava de um resíduo, sob os termos da Diretiva 75/442. Em verdade, a *Cour d'Appel* de Rennes reconheceu que, após ter se misturado com sedimentos marítimos, o produto derramado se transformou em um resíduo. No entanto, não era possível interpretar que o produto derramado, em si, era propriamente um resíduo, por violar as disposições legais previstas na legislação comunitária. Em decorrência disso, a autarquia de Mesquer interpôs então recurso de cassação.

Ao chegar na *Cour de Cassation*, os magistrados ressaltaram a dificuldade na interpretação da Diretiva 75/442, remetendo ao Tribunal de Justiça da União Europeia as seguintes questões prejudiciais<sup>16</sup>:

---

<sup>16</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso C-188/07. *Commune de Mesquer v. Total France SA e Total International Ltd.* Julgamento da Corte (Great Chamber), publicado em 24 de junho de 2008, para 28.

- 1) O fuelóleo pesado, produto resultante de um processo de refinação, de acordo com as especificações do utilizador, destinado pelo produtor a ser vendido como combustível e mencionado na Diretiva 68/414 [...] pode ser qualificado de resíduo, na aceção do artigo 1º da Diretiva 75/442<sup>17</sup> [...] codificada pela Diretiva 2006/12 [...]?
- 2) Uma carga de fuelóleo pesado, transportada por um navio e acidentalmente derramada no mar, constitui, em si mesma ou em virtude da sua mistura com água e sedimentos, um resíduo na aceção [da categoria] Q4 do anexo I da Diretiva 2006/12 [...]?
- 3) Em caso de resposta negativa à primeira questão e positiva à segunda, o produtor do fuelóleo pesado (Total raffinage [distribution]) e/ou o vendedor e afretador (Total international Ltd) podem ser considerados, na aceção do artigo 1º, alíneas b) e c), da Diretiva 2006/12 [...] e para efeitos da aplicação do artigo 15º da mesma diretiva, produtores e/ou detentores do resíduo, apesar de, no momento do acidente que o transformou em resíduo, o produto ser transportado por um terceiro? [...]

Quanto à primeira pergunta, o TJUE afirmou que a interpretação do conceito de resíduo depende também do significado da expressão “se desfazer”, e que, dessa forma, deve ser interpretada à luz do objetivo da diretiva em questão. O TJUE enfatizou que o objetivo da Diretiva 75/442 é a proteção da saúde humana do ambiente contra os efeitos nocivos da recolha, do transporte, do tratamento, do armazenamento e do depósito dos resíduos, sendo baseado nos princípios da precaução e da ação preventiva.

À luz desses objetivos, o conceito de resíduo não poderia ser interpretado de maneira restritiva. Nesse sentido, devem ser incluídos no conceito de resíduo todos os objetos e substâncias que o proprietário descarte, ainda que tenham valor comercial e sejam recolhidos para efeitos de reciclagem, recuperação ou reutilização.

No caso em comento, a substância correspondente ao fuelóleo pesado, vendido como combustível, tinha características de valor comercial, tanto é que estava sendo expressamente transportada para fins de aproveitamento do produto pela sociedade italiana ENEL. O TJUE entendeu, portanto, que não é possível considerar o fuelóleo pesado um resíduo na aceção da Diretiva 75/442, vez que é explorado ou comercializado em condições economicamente vantajosas e pode efetivamente ser utilizado como combustível, sem a necessidade de nenhuma transformação prévia.

Com relação à segunda pergunta, o TJUE procurou responder se esses hidrocarbonetos, quando são derramados no mar e, se misturados com água e sedimentos, devem ser qualificados como resíduos, na aceção da Diretiva 75/442. Entendeu-se, aqui, que o fuelóleo pesado se transformou em um produto desprovido de valor econômico. Ainda que seja possível submeter

---

<sup>17</sup> Nos termos do artigo 1º, alínea a), da Diretiva 75/442, considera-se resíduo quaisquer substâncias ou objetos abrangidos pelas categorias fixadas no anexo I dessa diretiva, de que o detentor se desfaz ou tem a intenção ou a obrigação de se desfazer.

esse produto a uma transformação e recuperar algum ativo, trata-se de uma situação um tanto hipotética, e que envolveria, de toda forma, certo investimento.

Com essas considerações, o TJUE entendeu que, caso seja derramado um produto que antes auferia valor econômico e, após seu derramamento, sofreu transformações que tiram dele a capacidade comercial, deve ser interpretado como um resíduo, à luz do artigo 1, alínea a), da Diretiva 75/442, uma vez que já não podem ser explorados nem comercializados sem prévia transformação.

Por fim, quanto à terceira pergunta, o TJEU concluiu que se deve analisar se o vendedor/fretador contribuiu para o risco da ocorrência de poluição ocasionada por esse naufrágio, especialmente se não tomou medidas destinadas a prevenir esse acontecimento, como aquelas relativas à escolha do navio. Caso constatados esses elementos, o referido vendedor/afretador poderá ser considerado o detentor anterior dos resíduos, para efeitos da aplicação do artigo 15º da Diretiva 75/442 e, portanto, responsabilizado pelos danos.

#### **4 OUTROS CASOS QUE DISCUTIRAM O CONCEITO DE “RESÍDUO”**

Conforme mencionado, pretende-se resgatar outros três casos em que o TJUE foi provocado a se posicionar sobre o conceito de resíduo. Nesta seção, serão estudados um caso de 2013 e dois casos de 2020, por abordarem diretamente a definição de resíduo. Para a seleção dos acórdãos, procedeu-se à busca por filtros na base de jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, acessível pelo sítio eletrônico [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Considerando que este trabalho pretende elucidar a interpretação do TJEU que se sucedeu ao caso da Comuna de Mesquer, aplicou-se o filtro temporal, selecionando decisões publicadas após este caso, ou seja, entre o dia 24 de junho de 2008 e o dia 24 de junho de 2021. Em seguida, aplicou-se o filtro por palavras-chave, incluindo apenas a palavra “*déchet*”<sup>18</sup>. Por fim, selecionou-se apenas os documentos correspondentes a acórdãos. Com tais filtros, foi possível obter 28 resultados, dos quais apenas 14 traziam na descrição da “matéria” a especificação de “Meio ambiente: Resíduo”. Após a leitura da ementa dos 14 acórdãos, constatou-se que apenas três traziam expressões como “noção de resíduo” ou “noção de subproduto” na ementa, razão pela qual foram selecionados para a discussão no presente artigo.

##### **4.1 Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão Sappi Austria Produktions-GmbH & Co. KG, Wasserverband “Region Gratkorn-Gratwein” contra Landeshauptmann von Steiermark. Processo C-629/19. 14 de outubro de 2020.**

---

<sup>18</sup> Para a busca de jurisprudência, foi utilizado o sítio eletrônico em língua francesa.

O caso tratou sobre uma divergência na interpretação do conceito de resíduo entre duas empresas e a administração regional do estado austríaco de Gratkorn. No caso, as empresas mantinham um caldeirão para incineração das lamas que eram 97% provenientes da produção de papel e celulose, e 3% provenientes do tratamento de águas residenciais e municipais. Ocorre que o vapor dessa incineração gerava energia elétrica para a produção de papel e celulose, fechando o ciclo produtivo sem nenhum resíduo.

A administração austríaca entendeu que essas lamas deveriam ser consideradas “resíduos”, de acordo com a Diretiva 2008/98, art. 9, ponto 1, que define esse conceito como quaisquer substâncias ou objetos de que o detentor se desfaz ou tem intenção ou obrigação de se desfazer. Caso as lamas fossem consideradas resíduos, as empresas teriam a obrigação de submeter o caldeirão de incineração à prévia autorização estatal.

As empresas sustentaram que, dada a importante vantagem econômica para a empresa em incinerar as lamas para a sua produção de papel e celulose, vez que geravam energia e fechavam o ciclo de produção, nunca houve, por parte das empresas, qualquer intenção de se desfazer desse produto. Por esse motivo, não se poderia considerar as lamas como resíduo, na acepção da Diretiva 2008/98, e devendo ser inserido no conceito de “subproduto” da referida Diretiva.

Ao chegar no TJEU, o Tribunal se viu demandado a responder se as lamas, que são resultado da produção de papel e celulose, e do tratamento de águas residenciais, podem ser consideradas resíduos para fins da Diretiva 2008/98.

O Tribunal asseverou que a Diretiva 2008/98 prevê, em seu artigo 6º, as condições que devem ser obedecidas para que uma substância seja considerada um “subproduto”. Caso, antes da incineração, as lamas já preenchessem os requisitos do art. 6º, nº1, dessa Diretiva, então não seria possível atribuir a elas a qualidade de “resíduo”. Cita, à título argumentativo, o caso do Erika, como paradigma<sup>19</sup>:

Além disso, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o método de tratamento ou o modo de utilização de uma substância não são determinantes para a qualificação ou não de “resíduo” de uma substância e que o conceito de “resíduo” não exclui as substâncias nem os objetos suscetíveis de reutilização econômica. O sistema de fiscalização e gestão instituído pela Diretiva 2008/98 pretende, com efeito, abranger todos os objetos e todas as substâncias dos quais o proprietário se desfaz, mesmo que tenham valor comercial e sejam recolhidos a título comercial para efeitos de reciclagem, recuperação ou reutilização.

---

<sup>19</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso C-188/07. Commune de Mesquer v. Total France SA e Total International Ltd. Julgamento da Corte (Great Chamber), publicado em 24 de junho de 2008, para 40.

Sobre o tema, vale destacar que o TJUE já havia decidido, no caso *Vessoso v. Zaneth*<sup>20</sup> de 1990, que a qualificação de resíduo não dependia da intenção de excluir qualquer reaproveitamento econômico por aquele que o descarta. Ainda, o caso *Van de Walle*<sup>21</sup> também traz ênfase à importância da intenção do detentor, afirmando que uma substância descartada “mesmo não intencionalmente” pode ser qualificada como resíduo.

#### **4.2 Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão XN, YP e P.F. Kamstra Recycling BV. Processos apensos C-21/19 a C-23/19. 3 de setembro de 2020.**

O caso tratou do fato de três pessoas terem transferido dos Países Baixos para a Alemanha, sem notificação prévia às autoridades competentes e/ou sem a sua autorização, uma mistura de salmoura e de tecidos animais, de resíduos de gordura e de salmoura, de lamas de depuração e de um outro resíduo, de lamas de depuração e de um resíduo e de lamas de tratamento de águas residuais e de um concentrado proteico.

O Tribunal de reenvio dos Países Baixos remeteu ao TJUE, entre outras perguntas, a questão de saber se, por esse produto não se enquadrar nas classificações de “subproduto” do artigo 5º, nº 1, da Diretiva 2008/98, deveria ser considerado um “subproduto animal”, na acepção que consta do artigo 3º, ponto 1, do Regulamento n. 1069/2009, aplicando as disposições relativas a “resíduo”. A esse respeito, a acusação defendeu que o produto discutido não encontra classificação em nenhuma das Diretivas citadas e deveria, em consequência, ser qualificada como resíduo.

O TJUE esclareceu que uma matéria que constitui um “subproduto”, de acordo com as classificações do artigo 5º, nº1, da Diretiva 2008/98, não pode ser considerada um resíduo. Assim sendo, afirma que os conceitos de “subproduto” e de “resíduo”, que figuram na Diretiva 2008/98, excluem-se mutuamente. Em contrapartida, resulta que as condições em que os subprodutos animais das categorias questionadas possam constituir resíduos, quando recuperados ou eliminados por incineração.

Nesse caso, os “subprodutos animais”, na acepção do artigo 3º, ponto 27, do Regulamento no 1069/2009, poderiam, sim, constituir “resíduos”. Portanto, uma matéria que não pode ser qualificada como “subproduto”, pode, no entanto, ser considerada um “subproduto animal”, constituindo um “resíduo”, para fins da interpretação e aplicação da Diretiva 2008/98.

---

<sup>20</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso C-206 e 207/88. *Vessoso et Zaneth*. Julgamento da Corte, publicado em 28 de março de 1990.

<sup>21</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso C-1/03. *Van de Walle*. Julgamento da Corte, publicado em 7 de setembro de 2004.

### **4.3 Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV E Belgian Shell NV. Processos apensos C-241/12 e C-242/12. 12 de dezembro de 2013.**

O caso trata da compra de um carregamento de gaseóleo pela empresa petrolífera Shell, transportando-o dos Países Baixos até a Bélgica. No entanto, durante o carregamento, esse produto se misturou com uma substância que já estava armazenada no tanque, inutilizando sua função inicial. Por esse motivo, o carregamento retornou da Bélgica para os Países Baixos, sem nenhuma solicitação de autorização prévia.

Nesse contexto, o órgão jurisdicional de reenvio questionou o TJUE se o carregamento em causa se inseriria no conceito de “resíduo”, na acepção do artigo 2º, alínea a), do Regulamento nº 259/93, lido em conjunto com o artigo 20 da Diretiva 2006/12, a fim de determinar se a Shell era ou não obrigada a informar as autoridades neerlandesas da transferência desse carregamento da Bélgica para os Países Baixos.

O TJUE lembrou que devem ser entendidos como “resíduos” quaisquer substâncias ou objetos abrangidos pelas categorias fixadas no anexo I da Diretiva 2006/12 de que o detentor se desfaz ou tem a intenção ou a obrigação de se desfazer. Nesse sentido, citou a jurisprudência da Comuna de Mesquer, afirmando que a qualificação de “resíduo” resulta, prioritariamente, do comportamento do detentor e do significado da expressão “se desfazer”<sup>22</sup>.

A jurisprudência da Comuna de Mesquer assentou, ainda, que a expressão “se desfazer” deve ser interpretada à luz do objetivo da Diretiva 2006/12, que consiste na proteção da saúde humana e do ambiente contra os efeitos nocivos da recolha, do transporte, do tratamento, do armazenamento e do depósito dos resíduos, e nos princípios da precaução e da ação preventiva.

O TJUE asseverou, ainda se referindo à Comuna de Mesquer, que os termos “se desfazer” e “resíduo”, de acordo com a Diretiva 2006/12, não podem ser interpretados de modo restritivo<sup>23</sup>. Dessa forma, sustentou que o artigo 2º, alínea a), do Regulamento nº 259/93 deva ser interpretado com base na intenção do detentor, ou seja, caso ele demonstrasse que realmente havia a intenção de recolocar o carregamento com a mistura de gaseóleo e outra substância no mercado, então não se inseriria no conceito de “resíduo”.

---

<sup>22</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso C-188/07. Commune de Mesquer v. Total France SA e Total International Ltd. Julgamento da Corte (Great Chamber), publicado em 24 de junho de 2008.

<sup>23</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso C-188/07. Commune de Mesquer v. Total France SA e Total International Ltd. Julgamento da Corte (Great Chamber), publicado em 24 de junho de 2008, paras 38 e 39.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Determinar o conceito de “resíduo” implica em importantes consequências na legislação europeia e internacional, nas políticas de gestão de meio ambiente e na administração das empresas. O enquadramento jurídico na categoria de resíduo influencia diretamente questões como a responsabilidade civil sobre danos causados – tal como o caso da Comuna de Mesquer, ou obrigações acessórias - tal como os casos apresentados no capítulo quatro. No entanto, as definições de resíduos presentes nas diretivas europeias e na Convenção de Basileia apresentam conceitos rasos e inconclusivos.

Apesar de o conceito de resíduo ser tecnicamente complexo a definir, ele permeia alguns elementos fundamentais para sua compreensão, que tendem a ser cada vez mais explorados e analisados pela jurisprudência. Em quais situações a intenção do detentor é relevante, quais são os limites na diferenciação entre subproduto e resíduo, ou quais os momentos durante a transformação das substâncias que são pontos chaves para a sua caracterização como resíduo são tópicos de discussão que tendem a ser cada vez mais o foco das análises. Sobre esses tópicos, algumas considerações merecem atenção.

Primeiramente, destaca-se a importância dada aos termos “intenção de se desfazer”, e como a constante discussão sobre a relevância ou não da intenção do titular de se desfazer daquela substância pode implicar na sua determinação enquanto produto, subproduto ou resíduo. Quanto a isso, o TJUE já havia decidido em jurisprudência anterior que a intenção do titular de obter qualquer aproveitamento econômico seria irrelevante para a caracterização de resíduo<sup>24</sup>, tese que foi reafirmada no caso *Sappi Austria Produktions*.

Diferentemente, ainda que já afirmado que uma substância descartada “mesmo não intencionalmente” possa ser qualificada como resíduo<sup>25</sup>, este não foi o posicionamento encontrado no caso *Shell Nederland*. Nele, o TJUE afirmou que o gásóleo misturado com outro elemento apenas não seria considerado resíduo caso a Shell demonstrasse a intenção de recolocá-lo no mercado, tese que confronta a jurisprudência anterior e enfatiza a importância da intenção e do comportamento do detentor. A partir desses dois posicionamentos distintos, é possível perceber que a questão da intenção está constantemente presente nas discussões, e que mesmo após mais de quarenta anos das diretivas, o debate permanece.

---

<sup>24</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso C-206 e 207/88. *Vesso et Zaneth*. Julgamento da Corte, publicado em 28 de março de 1990.

<sup>25</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso C-1/03. *Van de Walle*. Julgamento da Corte, publicado em 7 de setembro de 2004.

Em seguida, outro ponto de destaque é a linha tênue existente entre as qualificações de subproduto e resíduo. Por uma questão de lógica e coerência jurídica, uma mesma substância não poderia ser considerada ao mesmo tempo subproduto e resíduo. No entanto, tal diferenciação encontra complexidade no caso concreto, tal como observado no caso *Sappi Austria Produktions*.

Apesar dessa dificuldade de diferenciação, percebe-se uma tentativa de tornar a interpretação dos termos cada vez mais técnica e objetiva. Ao delimitar a questão temporal de quando deveria ser analisada a substância para sua definição (caso *Sappi Austria Produktions*), o TJUE buscou desenvolver uma delimitação técnica sobre o tema. No caso, afirmou que as lamas usadas para a produção de energia deveriam ser consideradas como subproduto caso preenchessem essas características antes da incineração. Caso essas características fossem perceptíveis após a incineração, então deveriam ser consideradas como resíduo. No entanto, tal delimitação ficou restrita a casos de incineração, não sanando outras hipóteses de transformação de substâncias.

Ainda, constata-se que não se pode compreender o conceito de “resíduo” de forma restrita, tampouco reservado às categorias do Anexo I da Diretiva 2006/98. Sobre isso, a característica aberta e residual da definição de resíduo é destacada no caso *Kamstra Recycling*. Nele, o TJUE afirmou que aquilo que não está listado como subproduto nas diretivas deve ser considerado como resíduo.

Considerando os contornos cada vez mais complexos que o termo se reveste, as diretivas se revelam como linhas orientadoras para o desenvolvimento desse conceito, deixando espaço para sua construção por meio da prática jurisprudencial. Quanto à interpretação do TJUE, apesar de parecer haver um reconhecimento pela importância de elucidar esses conceitos e definições, ele parece proceder, de fato, à uma análise caso a caso.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHEYNE, Ilona. The definition of waste in EC Law. **Journal of Environmental Law**, p. 61-73, 2002.

COELHO, Carlos Oliveira. Poluição marinha, hidrocarbonetos e resíduos: o caso do Erika no TJCE. **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra: 2009. N. 24, Anexo XII, Vol. 2. pp. 81-107.

FLUCK, Jurgen. Term Waste in EU Law, The. **Eur. Env'tl. L. Rev.**, v. 3, p. 79, 1994.

HALLE A. Ter e PEREZ E. La pollution plastique : le septième continent, in: Encyclopédie de l'environnement, 5 jun. 2018. Acessado em 15 de dez. Disponível em: <https://www.encyclopedie-environnement.org/eau/pollution-plastique-en-mer/>

OUEDRAOGO, Thierry. Le déchet : sa définition juridique et ses enjeux de droit international. **La Revue du Centre Michel de l'Hospital - édition électronique**. 26 nov. 2021, p. 8-17.

PIRRA, Antônio José Duque. História da evolução da regulamentação de proteção ambiental relativa à gestão de efluentes e resíduos vitivinícolas nas últimas décadas. **Revista História da Ciência e Construindo Interfaces**. Vol. 20 especial, 2019 –pp. 442-454. Acesso em 26 de março de 2021. Disponível em <https://revistas.pucsp.br/index.php/hcensino/article/view/44866/31009>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão Sappi Austria Produktions-GmbH & Co. KG, Wasserverband “Region Gratkorn-Gratwein” contra Landeshauptmann von Steiermark. Processo C-629/19. 14 de outubro de 2020. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=d%25C3%25A9chet&docid=232405&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=588751> Acesso em 25 de março de 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV E Belgian Shell NV. Processos apensos C-241/12 e C-242/12. 12 de dezembro de 2013. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=d%25C3%25A9chet&docid=145531&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=588751> Acesso em 25 de março de 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão XN, YP e P.F. Kamstra Recycling BV. Processos apensos C-21/19 a C-23/19. 3 de setembro de 2020. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=d%25C3%25A9chet&docid=230606&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=588751> Acesso em 25 de março de 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso C-188/07. Commune de Mesquer v. Total France SA e Total International Ltd. Julgamento da Corte (Great Chamber), publicado em 24 de junho de 2008. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=mesquer&docid=69388&pageIndex>

=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3431070#ctx1. Acesso em: 30 de julho de 2021.

YEPES, David Orjuela. Estudio comparativo de las normas relevantes a nivel internacional para la definición, clasificación, exclusión, desclasificación e identificación de residuos peligrosos. **Revista Nova**, v. 11, n. 19, p. 73-92, 2013.

## NOTICE AND TAKE DOWN: PONDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA

### *NOTICE AND TAKE DOWN: CONSIDERATIONS ABOUT THE SYSTEM*

*Igor Carvalho Ulhôa Faria<sup>1</sup>*

#### **Resumo**

A responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo disponibilizado por terceiros na internet está prevista no Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014. A responsabilidade por infrações a direito de autor na internet, em conteúdo disponibilizado por terceiro, todavia, deve ser tratada em lei específica. A jurisprudência construiu entendimentos que aproximam a responsabilidade civil no Brasil do sistema norte-americano notice-and-takedown, especialmente por rechaçar a responsabilidade objetiva dos provedores de serviços na internet. O presente artigo pretende esboçar as semelhanças e diferenças entre as soluções adotadas pelos ordenamentos jurídicos dessas nações e analisar em que medida são atendidas as demandas dos autores e dos provedores de serviços na internet. Pretende-se analisar, ainda, como o notice-and-takedown se compatibiliza com outras normas, como o princípio da reparação integral e a liberdade de expressão.

**Palavras-chave:** notice and take down. Responsabilidade Civil. Liberdade de expressão.

#### **Abstract**

The civil liability for damages caused by content uploaded by third parties on the internet is provided by Brazilian internet rights act, Law n. 12.965/2014. The liability for infractions to author rights on the internet, caused by content uploaded by third parties, however, is set to be dealt with by a specific law. The jurisprudence has built consensus that brings closer the civil liability in Brazil to the American system “notice and take down”, especially after rejecting the objective liability of the online service providers. The present article intends to show the similarities and differences between the solutions adopted by those countries’ legal systems and analyze to what extent the demands from the authors and online service providers were fulfilled. It intends to analyze, furthermore, how notice and take down system is compatible with other norms, such as the principle of full compensation and the freedom of speech.

**Keywords:** notice and take down. Civil Liability. Freedom of speech.

---

<sup>1</sup> Advogado Cível na Vanzin & Pentead Advogados Associados. Pós-graduado em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Graduado em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Atuou como advogado-orientador em Direito Civil na Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG de 2017 a 2020. Endereço eletrônico: ulhoa.igor@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O contexto da Web 2.0, assim denominadas as plataformas em que os usuários são protagonistas da produção de conteúdo, em substituição aos proprietários dessas plataformas, trouxe desafios às teorias tradicionais do Direito, que precisam se adequar e reinventar para que permaneçam relevantes e eficazes. Um dos grandes desafios desse cenário é a responsabilidade civil de provedores de serviço na internet por conteúdo disponibilizado por terceiros.

Uma das problemáticas envolvendo os provedores de serviços na internet é a violação de direitos autorais, a qual ocorre em medida difícil de monitorar e vigiar, dado o enorme número de arquivos, vídeos, áudios, imagens e textos disponibilizados diariamente por usuários de plataformas como Facebook ou Youtube.

A Lei n. 9.610 de 1998, em seus artigos 102 a 104, traz disposições sobre a responsabilidade civil em relação à obra “fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada” por terceiros não autorizados<sup>2</sup>. No entanto, a norma trata expressamente de violações ocorridas a obras com suporte físico, tendo em vista a menção a “exemplares” e a possibilidade de apreensão dos produtos das violações a direitos autorais. Não aponta, em uma interpretação literal, para as violações ocorridas em meios digitais. O artigo 104, em sentido similar, responsabiliza aquele que, com intuito de lucro, “vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude”.

A discussão quanto às violações de Direitos Autorais na internet tem especial relevância diante da possibilidade de alterações na Lei n. 9.610 de 1998 em um futuro próximo, considerando que houve consulta pública no ano de 2019 pelo Ministério da Cidadania em relação às mudanças pretendidas na lei.

O Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014, optou por delegar a matéria das infrações a direitos autorais a lei específica sobre o tema, mas trata de forma genérica da responsabilidade dos provedores de serviços na internet por danos causados por terceiros em seu artigo 19. Observa-se, assim, uma aparente lacuna na legislação, ao menos de norma específica sobre o tema, demandando soluções por outras vias que não a mera subsunção. As soluções encontradas pelas Cortes Superiores, no entanto, não estão isentas de controvérsias.

---

<sup>2</sup> Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

Por um lado, advoga-se pela dificuldade de monitoramento do conteúdo disponibilizado por terceiros nas aplicações na internet pelas plataformas, o que seria um ônus excessivo sobre esses modelos de negócio, bem como haveria implicações no âmbito de aplicação da liberdade de expressão. Por outro lado, autores e criadores clamam por uma proteção mais efetiva a seus direitos autorais na internet, especialmente em plataformas que lucram com a disponibilização por terceiros de conteúdo infringente de direitos autorais.

Ademais, independentemente de mudanças na lei, cabe notar que a própria arquitetura dos *softwares* e provedores de serviços na internet podem limitar ou não os usos e a liberdade de expressão na internet. Essa limitação proveniente da própria arquitetura dos serviços utilizados na internet atua, em partes, como uma salvaguarda dos Direitos de Autor e dos próprios provedores de serviços em caso de eventuais demandas de responsabilidade civil. No entanto, também podem atuar de modo mais restritivo que a própria lei, limitando a liberdade de expressão e usos legítimos de obras protegidas.

Observa-se que os provedores de serviços na internet obtiveram marcos legislativos importantes nos Estados Unidos e no Brasil, os quais os mantiveram protegidos por um sistema de limitação da responsabilidade, comumente denominado *safe harbor*.

Há um grande dissenso entre os provedores de serviço na internet e detentores de direitos de autor, o que levou a diferentes soluções ao redor do mundo, com nações criando sistemas de responsabilidade e monitoramento do conteúdo bastante divergentes entre si. A questão é espinhosa na medida em que temos valores relevantes a serem sopesados: a justa remuneração e proteção de direitos de autor, a proteção à liberdade de expressão, a viabilidade de novos provedores de serviços na internet. Como garantir o uso justo de obras protegidas por direitos autorais?

Um dos mais proeminentes sistemas de responsabilidade civil de provedores de serviços na internet por conteúdo disponibilizado por terceiros é o *notice and take down*, que condiciona a responsabilização dos provedores de serviços na internet à prévia notificação e disponibilização de prazo razoável para a retirada do conteúdo supostamente infringente de direitos autorais de terceiros. No presente artigo, pretende-se realizar uma comparação entre o sistema escolhido no ordenamento jurídico norte-americano, que adota o *notice and take down*, e o sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

A escolha do sistema norte-americano para comparação não é arbitrária. Não apenas a inspiração que serviu à jurisprudência e legislação brasileiras, o país tem assumido grande relevância global nas normatizações desse tema.

## 2 WEB 2.0

Os provedores de serviço na internet têm um sistema de responsabilidade civil relativo a infrações de direitos autorais em partes homogêneo no contexto ocidental, sendo conhecido como *safe harbor*. Consiste, basicamente, em uma limitação da responsabilidade dos provedores de serviços, que só se responsabilizariam se fossem notificados da existência do conteúdo infringente e permanecessem inertes. Isso significa que não há, portanto, dever de vigilância do conteúdo.

Apesar de duradouro, sofreu muitas críticas da indústria cultural que o julgava ineficiente e incapaz de lidar com as demandas dos produtores de conteúdo protegido. As dificuldades aumentam quando considerados os modelos de negócio cujo principal atrativo é oferecer uma plataforma para que usuários disponibilizem conteúdos neles, como Youtube e Facebook, os quais lucram com verba publicitária. Essas plataformas tendem a facilitar a transmissão gratuita de obras protegidas, em conjunto aos softwares *peer-to-peer*<sup>3</sup>.

Brown (2008, p. 437) descreve a Web 2.0 como os websites em que o conteúdo produzido por usuários é mais relevante ao modelo de negócio que o conteúdo produzido por seus próprios desenvolvedores. O principal exemplo da Web 2.0 é o Youtube. Com muitos arquivos sendo colocados diariamente, seria uma tarefa das mais difíceis e onerosas o monitoramento, pelas plataformas, do conteúdo disponibilizado pelos usuários. Ademais, não há essa exigência na legislação norte-americana, nem na brasileira, como se verificará.

Observa-se, portanto, um importante ponto de conflito entre esses atores sociais: de um lado, autores que pretendem ver seus direitos autorais protegidos, mas que dependem das plataformas para realizar o monitoramento de eventuais violações; de outro, plataformas cujo modelo de negócio orbita em torno de conteúdo produzido pelos próprios usuários, que podem eventualmente estar praticando violações a direitos autorais de terceiros. Há, ainda, os usuários, que podem estar utilizando de maneira legítima trechos de obras de terceiros e não devem ser confundidos com os infratores.

---

<sup>3</sup> Espécie de rede de computadores que compartilha arquivos, de modo que o usuário que baixa um arquivo passa a também disponibilizá-lo, em termos simplificados.

## 2.1 Notice and take down

Nos Estados Unidos, a legislação não impõe que os provedores de serviço estabeleçam uma vigilância ativa dos conteúdos disponibilizados pelos usuários em suas plataformas. Trata-se do sistema denominado *notice-and-takedown*: não há responsabilidade do provedor se, uma vez notificado do conteúdo infringente de direitos autorais, este seja retirado do ar em prazo razoável.

Antes de adentrar nos detalhes do *notice-and-takedown*, é importante registrar suas diferenças com o sistema do *notice-and-stay-down*. O sistema do *notice-and-stay-down* tem acrescida ao provedor a obrigação de manter o conteúdo já notificado como infringente fora de sua plataforma de forma definitiva. Para realização dessa tarefa, a adoção de uma tecnologia de filtragem de conteúdo é necessária, já que o usuário infrator pode pretender reincidir na realização do ato ilícito na plataforma.

O sistema do *notice-and-stay-down* tem como principal vantagem evitar o retrabalho que é notificar a plataforma em virtude do mesmo conteúdo infringente, já que haveria a obrigação de a plataforma detectar tal conteúdo e impedir seu *upload* novamente. Por outro olhar, a filtragem de conteúdo demandaria uma tecnologia que pode ser demasiadamente custosa a novos entrantes do mercado de tecnologia. Com isso, se criaria uma barreira de entrada aos novos negócios e *startups*, o que seria desaconselhável em um mercado oligopolizado (GALINDO, 2019), sob uma perspectiva concorrencial.

O DMCA ou *Digital Millenium Copyright Act* é a lei norte-americana sobre o tema, visando a proteção de escritores, artistas e outros criadores de material protegido da pirataria na era digital. O DMCA oferece um sistema de *safe harbor* ou imunidade aos provedores de serviços online por ofensas aos direitos autorais feita pelos usuários dos serviços.

Para gozar dessa proteção, os provedores devem cumprir alguns requisitos: adotar uma política de notificação e exclusão de contas de usuários que sejam considerados infringentes reincidentes e o provedor de serviços deve não interferir com medidas técnicas padrão. Essas medidas são definidas como meios tecnológicos de detectar infração ao direito autoral online, as quais estão disponíveis a custos razoáveis.

A principal proteção conferida é a limitação de responsabilidade por hospedar material infringente. Para isso, o serviço não pode receber um benefício econômico diretamente da atividade infringente, nem estar ciente da presença do material infringente. Ademais, ao receber a notificação, deve agir para remover o material que infringe direitos autorais. São requisitos cumulativos aos citados anteriormente.

A notificação operaria uma transformação na controvérsia do dever de monitoramento dos conteúdos disponibilizados pelos usuários nas plataformas, sempre muito defendido sua impossibilidade técnica ou excessiva onerosidade que ameaçaria diversos modelos de negócio. Com a ciência da plataforma da existência de conteúdo infringente, nasceria uma obrigação específica de agir (SCHREIBER, 2015, p. 10).

Apesar de não ser um sistema novo, tendo sido implementado no ano de 1998, até os dias atuais apresenta problemas, os quais evoluíram junto da evolução do comportamento dos usuários nas redes. Em estudo qualitativo e quantitativo conduzido pelo *The TakeDown Project*, foram identificadas questões de limitação de devido processo legal no processamento dos pedidos de retirada de conteúdo (URBAN, KARAGANIS, SCHOFIELD, 2017, p. 152). O uso de soluções automatizadas para monitoramento do conteúdo também é visto com preocupação, já que pode representar um obstáculo apriorístico para produtores de conteúdo *on-line* disponibilizarem suas criações legítimas nas plataformas, além de serem de difícil adoção para novos entrantes do mercado digital.

Outro problema do sistema é a ausência de critérios objetivos para definir um reincidente contumaz ou o tempo de penalidade que essa categoria de usuário enfrentaria. Trata-se de conceito essencial, pois o reincidente contumaz de infrações a direitos autorais na internet poderia ter sua conta banida de determinada plataforma, de acordo com o Estatuto legal daquele país. Todavia, a ausência de critérios objetivos para definição gerou diferentes comportamentos pelos provedores de aplicações na internet na aplicação do diploma legal, assim como o tempo de penalidade de cada usuário mostrou-se bastante variável.

Observou-se, ainda, que a possibilidade de contranotificação do suposto infrator, como uma espécie de defesa da notificação realizada, é pouco utilizada pelas plataformas e costuma haver um desequilíbrio relevante entre os que denunciam violações de direitos autorais e aqueles que recebem notificações e têm seus conteúdos retirados da internet.

A limitação do “uso justo” (ou *fair use*) também é uma questão que é afetada pelo sistema. O uso justo é um conceito desenvolvido por juízes americanos e ingleses na interpretação de diplomas normativos de Direitos Autorais e consiste na utilização de porções de obras protegidas de autoria de terceiros, a qual não consistiria em violação aos Direitos Autorais deles. A avaliação se daria no caso concreto, considerando alguns aspectos, tais quais, a quantidade e a importância dos trechos utilizados; a relação com o todo da obra; o resultado do uso dos trechos em relação à demanda da obra original (YANKWICH, 1954, p. 213). O *notice and take down* pode gerar situações em que obras que se utilizam de pequenos trechos

de outras obras protegidas, em hipótese de uso justo, sejam retiradas do ar em virtude de notificações desprovidas de fundamentos.

## 2.2 Panorama brasileiro

No Brasil, a legislação não trata explicitamente do tema, conforme anunciado na introdução desse trabalho. O Marco Civil da Internet, em seu artigo 19, parágrafo 2º, determina que a matéria da responsabilidade e dos direitos autorais deve ser regulada por lei específica.

Há, todavia, uma regra geral da responsabilidade civil trazida no diploma legal, que está prevista no *caput* do artigo 19, e diz respeito especificamente à responsabilidade dos provedores de aplicações na internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. A solução encontrada pelo legislador é o condicionamento a ordem judicial específica, isto é, o provedor de aplicações na internet tem responsabilidade se não retirar o conteúdo infringente de sua plataforma após determinação do juízo, “no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado”. A escolha do legislador, como deixa evidente a primeira parte do dispositivo, foi por privilegiar a liberdade de expressão em relação aos direitos de terceiros eventualmente violados no âmbito de aplicações na internet.

A opção legislativa nesse sentido teve boa repercussão entre os grandes conglomerados empresariais que atuam como provedores de serviços na internet e ativistas que defendem a liberdade de expressão no Brasil (VERONESE e FONSECA, 2020).

Cabe frisar que nada impede que os provedores adotem o sistema do *notice-and-takedown* ou do *notice-and-staydown* espontaneamente (IRAMINA, 2019, p. 10). Ademais, a própria jurisprudência do STJ (v.g. REsp 1.515.647/MG e REsp 1.501.187/RJ) tem rechaçado a responsabilidade objetiva dos provedores de serviço de internet, o que aproxima o sistema brasileiro do *notice-and-takedown*.

O REsp 1.501.187/RJ, a despeito de não tratar especificamente de ofensas a direitos autorais, mas de demanda envolvendo pedidos de danos morais por ofensas postadas por terceiros em redes sociais, traz algumas assertivas esclarecedoras sobre o posicionamento do STJ sobre o tema da responsabilidade civil de provedores de serviços na internet. Os Ministros optaram por afastar a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, declarando a inexistência de dever de vigilância do conteúdo publicado por terceiros.

O REsp 1.512.647/MG, por sua vez, abordou especificamente um caso de violação de direitos autorais praticada no âmbito de uma rede social. A Corte concluiu pelo afastamento das normas dos arts. 102 a 104 da Lei n. 9.610/1998, que tratam de responsabilidade por violação

a direitos autorais, em relação ao provedor de serviços na internet, por não vislumbrar a prática das condutas descritas nos dispositivos.

Ponto importante da decisão foi a não aplicação da teoria da responsabilidade vicária e da responsabilidade contributiva, isto é, o Relator entendeu que a rede social em questão não estimulava que seus usuários praticassem atos ilícitos, já que sequer era possível realizar *downloads* a partir das páginas da plataforma. Tampouco a rede social parte na demanda obtinha lucro com a atividade infringente de seus usuários e se negava a atuar para evitá-la, quando poderia fazê-lo. A disponibilização do material infringente não se dava diretamente naquela plataforma, por conta da própria arquitetura do *website*.

A adoção do *notice-and-takedown*, ainda que de forma tangencial pela jurisprudência, todavia, não é isenta de críticas também no cenário jurídico brasileiro. Algumas das ponderações mais comuns avaliam a inexistência de um regulamento sobre a contranotificação, isto é, a possibilidade de o usuário supostamente infrator defender que o conteúdo disponibilizado na verdade não infringe direitos autorais de terceiros, oportunizando o contraditório.

Trata-se de faculdade presente no ato legislativo que serviu de inspiração à aplicação da teoria no Direito brasileiro. A contranotificação é essencial para oportunizar alegações como o de *fair use*, por exemplo. Outra ponderação comum se dá em relação à própria inexistência de requisitos mínimos para a notificação, como a delimitação do conteúdo infringente e indicação de seu endereço.

Ademais, argumenta-se que o sistema do *notice-and-takedown* representa uma espécie de responsabilidade civil postergada, criando uma ficção de que o dano só aconteceu em momento posterior ao que realmente ocorreu. Isto é, o sistema cria um lapso temporal durante o qual a vítima de ato ilícito experimenta um dano, mas não o tem ressarcido até que efetue a notificação ao provedor de serviços na internet. Nas palavras de Schreiber (2014, p. 10):

É evidente que, na prática, tal importação significaria que o dano sofrido pela vítima durante o período anterior à notificação permaneceria sem ressarcimento (ou somente poderia ser ressarcido pelo terceiro gerador do conteúdo, quase sempre anônimo ou, mesmo quando identificado, não localizável ou incapaz – jurídica ou economicamente – de arcar com indenização ou tecnicamente inapto a adotar alguma outra medida apta a mitigar os efeitos da lesão sofrida pela vítima). O *notice and takedown* estabeleceria, nesse sentido, uma espécie de “imunidade” do proprietário do site até o momento da notificação, deixando sem reparação, ao menos, uma parte do dano sofrido pela vítima, o que poderia suscitar alegações de afronta ao princípio da reparação integral.

Observa-se que há uma lacuna legislativa no sistema brasileiro de responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet por infração a direitos autorais provocada por terceiros.

Por um lado, há os dispositivos da Lei 9.610 de 1998, que foram editados em outro momento de desenvolvimento tecnológico e tem como escopo a pirataria “física”, de publicações ou com base em suportes materiais das cópias, o que é evidenciado pela própria redação dos artigos, ao utilizar os termos exemplares e pela menção à possibilidade de apreensão dos produtos fraudulentos. As condutas descritas nos artigos dificilmente são passíveis de subsunção em relação à atividade de provedores de aplicações na internet. Por outro lado, o Marco Civil da Internet tampouco enfrentou a temática de modo específico, restando a aplicação do artigo 19 que genericamente regula a responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Com isso, a jurisprudência desenhou soluções para os casos que se apresentaram relativos à responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet por atos de terceiros que infrinjam direitos autorais, com clara inspiração no *notice-and-takedown* norte-americano. Tal opção, todavia, permanece com alguns pontos sem explanação. Não há requisitos essenciais previstos na legislação alienígena no Brasil, como a prática da contranotificação e a exigência de requisitos mínimos para a notificação em si. Ademais, argumenta-se que o sistema afronta ao princípio da reparação integral, já que as plataformas só poderiam ser responsabilizadas a partir da notificação.

Outros alertas que o sistema adotado tem despertado dizem respeito quanto às possibilidades de violação a direitos fundamentais dos usuários. Dentre esses direitos, destaca-se o direito de liberdade de expressão, privacidade, acesso à cultura, ao conhecimento e à educação. Também se considera problemática a ausência de notificação do usuário antes da indisponibilização do conteúdo, bem como a ausência do direito de defesa.

Especial conotação tem a liberdade de expressão nessa análise, já que o Marco Civil da Internet estabelece expressamente sua observância para a regulação do tema no §2º do art. 19, sendo verdadeira norma programática (KANAYAMA, 2021, p. 8-9), de observância obrigatória pelo legislador ao editar normas sobre a responsabilidade por danos decorrentes de terceiros em infrações a direitos de autor.

### 3 CONCLUSÃO

Os Estados Unidos e o Brasil possuem sistemas com similaridades para tratar da responsabilidade civil de provedores de serviços na internet por ofensas a direitos autorais em conteúdos disponibilizados por terceiros. Esse sistema é denominado comumente como *notice-and-take-down*, sendo um limitador da responsabilidade dos provedores. A responsabilidade só

existiria caso os provedores não retirassem o conteúdo infringente após notificação, em prazo razoável.

Observa-se que o sistema do *notice-and-take-down* desempenhou importante balanço entre os direitos dos autores e a necessidade de desenvolvimento da internet e das aplicações. A limitação da responsabilidade dos provedores possibilitou o florescimento de diversas plataformas, que contribuíram com inovação e transmissão do conhecimento. Por outro lado, é fato que há grandes organizações, como o Youtube, que lucram cifras consideráveis com materiais que contêm infração a direitos autorais, prejudicando diversos autores, escritores e músicos.

O sistema tem enfrentado severas críticas dos produtores de material protegido por direitos autorais, que o consideram ineficiente para a proteção deles, especialmente no contexto da Web 2.0. Considera-se insuficiente para a efetiva proteção dos direitos de autor, além de não observar o princípio da reparação integral, já que há um lapso temporal dentro do qual os danos ocorrem sem que haja reparação – o tempo entre a disponibilização do conteúdo infringente e a notificação para sua retirada.

Ademais, o sistema do *notice-and-take-down* possui a evidente desvantagem de o usuário infrator poder disponibilizar o mesmo conteúdo infringente logo em seguida à exclusão, tornando uma tarefa hercúlea a fiscalização.

Outro problema encontrado, mas que afeta em maior medida os usuários, é a parca regulação do procedimento de notificação e contranotificação, tanto no ordenamento jurídico alienígena, em menor medida, quanto no brasileiro, em maior medida. Regras mais claras sobre requisitos das notificações e o estabelecimento de procedimentos para contranotificação, que oportunizem o contraditório, podem arrefecer as queixas sobre o sistema, em especial quanto à limitação à liberdade de expressão, que, apesar de constituir-se direito fundamental, não é absoluta.

Por outro viés, sistemas mais restritivos como o *notice-and-staydown* são facilitadores da vigilância de potenciais infrações de direitos de autor nas redes, já que há uma evidente limitação para usuários reincidentes. No entanto, podem gerar efeitos concorrenciais adversos, ao criar obrigações aos provedores de serviços na internet que onerariam seus custos e dificultariam a entrada de novos concorrentes nesse setor. As ponderações sobre o sopesamento entre direitos de autor e liberdade de expressão se agravariam nesse sistema também, já que a limitação da disponibilização do conteúdo se torna mais severa ao impedir que determinado conteúdo, que fora anteriormente retirado do ar, seja novamente disponibilizado.

A utilização da própria arquitetura ou do código como formas de limitar o uso dos usuários nas plataformas merece especial atenção, na medida em que as aplicações podem se tornar mais restritivas que a própria lei. Disso pode decorrer a impossibilidade de usos legítimos (ou justos) de obras protegidas, praticamente sem possibilidade de checagem desse controle sobre o usuário (LESSIG, p. 137).

As regras para notificação e contranotificação de usuários supostamente infratores de direitos autorais de terceiros parecem ser um ponto de melhoria essencial no *notice-and-takedown*. A oportunidade do contraditório, para que o usuário notificado possa defender o uso justo ou outra situação que justifique a disponibilização do conteúdo na plataforma é um elemento que merece maior aderência no sistema. Por outro lado, requisitos mínimos para notificações são essenciais para que não haja um uso indevido ou predatório da ferramenta, com finalidades escusas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em junho de 2021.

BRASIL. **Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em dez. de 2020.

BRASIL. **Lei Nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm)>. Acesso em junho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Quarta Turma). **Recurso Especial 1501187/RJ**. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Relator: Min. Marco Buzzi, 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201102876150&dt\\_publicacao=03/03/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102876150&dt_publicacao=03/03/2015)>. Acesso em junho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Segunda Seção). **Recurso Especial 1512647/MG**. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 13 de maio de 2015. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201301628832&dt\\_publicacao=05/08/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301628832&dt_publicacao=05/08/2015)>. Acesso em junho de 2021.

BROWN, Brandon. **Fortifying the safe harbors: reevaluating the DMCA in a web 2.0 world**. Berkeley Technology Law Journal. 2008. Vol 23:437. P. 438-468

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **17 U.S. Code § 512 - Limitations on liability relating to material online (DMCA - Digital Millennium Copyright Act)**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/512>>. Acesso em junho de 2021.

GALINDO, Cristina. **Plano de quebrar o oligopólio do Facebook e do Google ganha peso nos EUA**. El País, 2019. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/04/internacional/1570189971\\_000536.html/](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/04/internacional/1570189971_000536.html/)>. Acesso em junho de 2021.

IRAMINA, Aline. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Aplicações de Internet por Infrações a Direitos Autorais no Brasil: Desafios e Perspectivas**. Revista de Direitos e as Novas Tecnologias, vol. 4. 2019.

KANAYAMA, Ricardo Alberto. **A liberdade de expressão do Marco Civil da Internet e o procedimento de notificação e retirada para as "infrações" aos direitos autorais**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-liberdade-de-expressao-do-marco-civil/>>. Acesso em junho de 2021.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre: como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade**. Tradução por Fábio Emilio Costa. 2004.

Disponível em: <<https://www.ufmg.br/proex/cpinfo/educacao/docs/10d.pdf>>. Acesso em junho de 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A Responsabilidade Civil por Dano derivado do Conteúdo Gerado por Terceiro**. 2015. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/artigo-marco-civil-internet.pdf>. Acesso em junho de 2021.

URBAN, Jennifer M.; KARAGANIS, Joe; SCHOFIELD, Brianna L. **Notice and Takedown in Everyday Practice**. 2017. V. 2. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2755628](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755628). Acesso em junho de 2021

VERONESE, Alexandre; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **Interesses empresariais e divergências no processo de construção do Marco Civil da Internet: uma análise crítica a partir de entrevistas de campo**. Revista Direito, Estado e Sociedade, Ahead of print, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.17808/des.0.1224>>. Acesso em junho de 2021.

YANKWICH, Leon R. **What Is Fair Use?** The University of Chicago Law Review, vol. 22, no. 1, 1954, pp. 203–215. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/1598230](http://www.jstor.org/stable/1598230)>. Accessed 3 June 2021>. Acesso em junho de 2021.