



RES SEVERA VERUM GAUDIUM

AGOSTO 2025
V. 10, N. 1
ISSN 2176-3755

REVISTA CIENTÍFICA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UFRGS

Guilherme Leão Melo
Editor-Chefe

Gabriela Modrow Rafael da Silva
Editora-Executiva

Heloísa Camargo da Silveira
Editora-Executiva

Giovana Maier Rocha
Editora-Executiva

Luiza Cervi Schwingel
Editora-Executiva

Guilherme Lima Ferrugem
Editor-Executivo

Mariana Armiliatto Pacheco
Editora-Executiva

Gustavo Teixeira Palhares
Editor-Executivo

Sofia Giongo Martins Gomes
Editora-Executiva

RES SEVERA VERUM GAUDIUM

AGOSTO 2025
V. 10, N. 1
ISSN 2176-3755

REVISTA CIENTÍFICA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UFRGS

Porto Alegre, 2025
UFRGS



Capa: David Teniers der Jüngere, 1610-1690

Die Galerie des Erzherzogs Leopold Wilhelm in Brüssel, 1651

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R429 Res Severa Verum Gaudium: Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS / Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. – Vol. 10, n. 1 (ago. 2025), vol. 1, n. 1 (2009). – Porto Alegre: UFRGS, 2025.

Semestral

Publicação suspensa entre 2011-2016

ISSN 2176-3755

1. Direito – Periódicos. 2. Produção científica discente. 3. Ciências jurídicas. I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito.

CDD 340

CDU 34(05)

Bibliotecário responsável: Marcelo Gama Goulart – CRB-10/2722

SUMÁRIO

Prefácio

Uma longa história	5
Guilherme Leão Melo	

Autores Convidados

Direito judicial e o pensamento de Karl Larenz: breves notas sobre o projeto de reforma do direito civil brasileiro	26
Luis Renato Ferreira da Silva	

International Law: A Discipline of Crisis	42
Hilary Charlesworth	

Artigos

Dispersão da tecnologia de reconhecimento facial no âmbito da segurança pública brasileira: sintomas da mescla do urbanismo militar à retórica de guerra preventiva	65
Letícia Pádua Pereira	

A presunção de boa-fé do terceiro adquirente: disparidades nos processos de execução civil e fiscal	92
Francieli Zaltron da Rosa	

Políticas públicas de saúde e inclusão da diversidade sexual e de gênero: equidade e barreiras	118
Rai Costa, Rayane Costa, Jorge Júnior Almeida	

Ensino jurídico no Principado Romano (27 A.C. – 285) a partir das duas escolas rivais e da evolução da Iurisprudentia	145
Vitor Flores Pereira	

Resolução 487 do CNJ: uma análise crítica **173**

Arthur da Costa Gomes

Caso Champinha: uma breve análise à luz do direito penal brasileiro sob a perspectiva da teoria moral de Hume, alinhada à teoria da amoralidade parcial do direito **198**

Luis Frederico Heydt

Análise das disposições jurídicas no ordenamento brasileiro sobre o comércio de falsificações: Verificação da possibilidade de responsabilizar empresas de luxo por não adotarem medidas de combate à contrafação e por danos causados ao consumidor **221**

Fernanda Rôa Gianni, Luísa Reis Scheibler, Ana Clara da Silva Guedes

O caso Brumadinho e o dever de diligência: um novo paradigma para a responsabilização de administradores? **246**

Luiz Henrique Graeff Fydryszewski

Editais

Edital de submissão de artigos em fluxo contínuo **273**

Equipe Editorial da Revista Res Severa Verum Gaudium

UMA LONGA HISTÓRIA

A LONG STORY

Guilherme Leão Melo¹

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Editor-Chefe da Revista Res Severa Verum Gaudium.

RESUMO

Prefácio ao décimo volume, primeiro número, da Revista Res Severa Verum Gaudium.

ABSTRACT

Preface to the tenth volume, first number, Res Severa Verum Gaudium Review.

REFERÊNCIA: MELO, Guilherme Leão. Uma longa história. **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 5-25, ago. 2025.

“¿Juráis que, fieles a un sentimiento irrenunciable de liberación de la justicia, la verdad, la belleza, no retrocederéis frente a la amenaza de los fantasmas de la angustia, de la soledad, de la locura y seréis fieles antes que a nadie a vuestra voz interior?”

(JURAMENTO ATHANASIANO ante la linterna mágica, Fernando Birri)

Dez volumes, cada qual composto de dois números, compreendem um monumento vultoso para um período científico gerido e conduzido exclusivamente por estudantes de graduação, demonstrando a consolidação deste projeto e a força e vivacidade do bom protagonismo estudantil. Porém, sua história vai muito mais longe, estendendo-se décadas e décadas para além da fundação no ano de 2009. A Revista Res Severa Verum Gaudium insere-se numa rica e pujante tradição cultural de 125 anos de pensamento jurídico e literário semeada e florescida no seio da Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre, coroando, assim, um processo formado por centenas e centenas de pessoas que a antecederam.

Tendo em vista que somos somente uma pequena parte da referida história, mas também que nos pretendemos artífices de sua expansão e engrandecimento, no contexto de aurora do segundo quartel do século XXI, nada mais pertinente que um esforço de resgate de todo o caldo cultural o qual nos conduziu até aqui. Além disso, a fim de contar a história vivida nas arcadas desde o princípio do século XX, nada mais adequado que dispor da condução de uma pessoa que, por si própria, por sua família e por seus discípulos, viveu tantos desses anos, vindo, posteriormente, a tornar-se uma das grandes referências no direito brasileiro atual: Judith Hofmeister Martins-Costa. De tais considerações, surgiu a concepção de um evento comemorativo, em alusão aos marcos de quinze anos de criação da Revista

Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS e de dez volumes lançados, o qual veio a materializar-se no dia 5 de maio de 2025. É a tal propósito que discorrerei no presente prefácio, entrelaçando-o, em seus nexos, com a história da Faculdade e da Revista e, enfim, concluindo com uma nota final sobre pertencimento.

O que dizer desse evento? Tudo, absolutamente tudo. Foi, sem sombra de dúvida, um dos eventos mais bonitos e emocionantes os quais eu tive a alegria de presenciar, ao longo de cinco anos, no âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Nele, foram abordados os temas que realmente importam para o bom jurista, hoje e sempre — aqui, destaco aquilo que considero como o grande desafio para o direito brasileiro no século XXI: a demarcação da intersecção entre a seriedade da ordem jurídica, com o respeito à lei e a sua estrutura formal, de um lado, e, de outro, a abertura aos influxos filosóficos, culturais, sociais, políticos e artísticos. A prevalência de um ou outro polo leva à ruína do direito, por isso o dilema, para o Brasil, é, ou ao menos deve ser, a identificação do ponto de equilíbrio. Disso depende a instauração de um verdadeiro Estado de direito no país. Só assim será possível avançar, e, por meio da “história vivida e contada” pela Professora, nós, jovens juristas, obtivemos instrumentos cruciais para a consecução de tais objetivos.

A fala teve por título “Uma história do pensamento jurídico, literário e artístico na Faculdade de Direito da UFRGS”. Logo, fomos conduzidos através de décadas de memória de produção intelectual oriunda desta Casa. Foi uma avaliação profunda e pujante, desde os anos 1950 até o início do século XXI, a tratar de autores de literatura científica e ficcional os quais passaram pelos mesmos corredores que nós — dentre eles, cabe ressaltar, desde já, Raymundo Faoro, Paulo Brossard, Michel Laub e Mariana Pargendler —, bem como de seus respectivos repositórios de conhecimento e reflexão.

Assim, por sua relevância, que expus acima, permito-me, adiante, transcrever a fala da Professora, em seus destaques, a fim de viabilizar, ao registrar por escrito, tantas contribuições fundamentais as quais de tal fulcro podem advir, seja no tangente ao passado, seja no tocante ao futuro:

Eu hoje aqui estou, dando conta de minha memória e sentindo-me como um dos rapsodos da Grécia Antiga, poetas ambulantes que recitavam epopeias de cidade em cidade, coligindo fragmentos de narrativas com vistas a criar um todo.

É o que eu farei, esperando que os que têm memória dos acontecimentos que eu narrarei completem-nos com suas narrativas.

Guardar e reproduzir a memória de quem fez e faz a história da Faculdade — os estudantes da graduação, os “alunos raiz” — é imprescindível.

Memória é aquilo que ficou do passado, das representações sociais sobre o passado. Na Faculdade de Direito da UFRGS, hoje, são poucos os que têm a memória de pelo menos cinco anos de um passado compartilhado. Assim, o exame das revistas realizadas pelos estudantes parece-me um caminho bem seguro para recuperar pedaços dessa memória.

Uma revista constitui uma instituição cultural — em linguagem bourdieusiana, revistas conformam um campo, isto é, um sistema de relações sociais que possui uma lógica particular, condicionadora de sua evolução. Elas podem ser vistas como testemunhas de uma história da cultura, de modalidades de valores, de critérios críticos e até estéticos, que indicam qual foi a sensibilidade e a historicidade de uma época. Portanto, revistas são, concomitantemente, um microcosmo intelectual, viveiro e espaço de socialidade, lugar precioso para a análise do movimento de ideias.

Eu busquei, para esse pedaço de narrativa, as revistas de estudantes desta Faculdade, das quais eu tinha memória — algumas por tê-las vivido, outras por ter-me sido narrada sua existência.

Lembrei de quatro revistas, indicativas de períodos que separei por décadas. Estas décadas têm, entre elas, um *intermezzo* doloroso, que foram os anos da ditadura — desse período, eu não tenho memória de revistas, embora tenha muitas memórias.

São as revistas: nos anos 1940 e 1950, a Revista do Grêmio Universitário Tobias Barreto e a Revista do Grupo Quixote, com a figura solar de Raymundo Faoro; nos anos 1960 e 1970, esse *intermezzo* doloroso, com alguns episódios que eu referirei; nos anos 1980, 1990 e 2000, A Toga e *L’Ami du Peuple*; nos anos 2010, a Revista “Res Severa” e, novamente, A Toga.

Nos anos 40 do século passado, Porto Alegre considerava-se uma grande cidade, tinha quase cinquenta mil habitantes. Era uma cidade com pretensões de modernidade. Na literatura, tínhamos Erico Verissimo, Mário Quintana, Reynaldo

Moura e Dyonélio Machado. Tínhamos dois centros culturais muito atuantes: a Livraria do Globo, na Rua da Praia, e a Faculdade de Direito. A Faculdade de Letras e a Faculdade de Ciências Sociais só serão criadas muito mais tarde, nos anos 1960 ou 1970.

Raymundo Faoro — este intérprete do Brasil, homem com uma finura e perspicácia insuperáveis, autor de *Os donos do poder*, no qual revelou todas as nossas desgraças, que até hoje atingem-nos — chega em 1943 a Porto Alegre para cursar Direito. Enquanto caminhava pelas ruas do centro da cidade, certamente enxergaria os intelectuais “medalhões”, cujos dotes eram medidos pelo excesso de erudição formal e pelas homenagens públicas, traços que até hoje nós encontramos nos “medalhões”. Logo ali, os jovens homens, descendentes de famílias alemãs, bebem chope nos bares, aguardando o momento de assumirem um cargo nas empresas dos pais, conforme Faoro virá a escrever.

Nos anos que passou nesta Faculdade, de 1943 a 1948, Faoro esteve no centro de um grupo de intelectuais chamado Grupo Quixote, responsável pela criação de uma revista de mesmo nome. Eram todos alunos da Faculdade: Silvio Duncan, Paulo Olinto Viana, Jorge Rafael Cezar Moreira, Wilson Chagas, Fernando Jorge Schneider — esse último veio a ser Diretor da Faculdade, era o Diretor à época em que eu fui aluna. A Revista Quixote foi criada em 1946 e seu brado era do espanhol Miguel de Unamuno: “Vamos fazer uma barbaridade!”.

No editorial do primeiro número, Duncan, Faoro e Paulo Hecker Filho escrevem: “Esta revista não é um movimento, mas uma tentativa, uma tentativa de itinerário que corporifica um anseio de libertação. Um movimento não se cria nem se impõe, tem um momento exato de aparecer e de influir nos destinos de uma geração. Por que então o Quixote? Porque existe entre os novos um certo número de preocupações e ideais que não encontrariam expressão adequada e autêntica nos quadros intelectuais existentes. [...]. Investe-se é contra o marasmo e suficiência, contra a falta de influxo criador autêntico na geração que detém a liderança intelectual.”

Essa revista durou muito pouco, produziu só cinco números, mas teve uma importância absolutamente capital. Expirou em agosto de 1952. Foi, sem dúvida, a mais relevante revista cultural produzida por alunos da Faculdade de

Direito. Sua meta era enfrentar os quadros intelectuais então dominantes e assumir uma posição revolucionária no campo intelectual.

Em depoimento dado em 1980 ao jornal *Correio do Povo*, Faoro escreveu: “As discussões tinham sempre um timbre, embora nem sempre autêntico, embora nem sempre derivado da leitura ou da meditação, marcadamente filosófico. [...]. Sempre com a visão dos corredores e das salas de aula, e nunca da cátedra, o ardente e ingênuo filosofismo envolvia o dissídio político. [...]. Nesse tempo, irrompeu, na Faculdade de Direito, vindo de fontes partidárias e não partidárias, o estudo do marxismo e das ciências sociais, fertilmente regadas pelo submerso rio positivista.”

Observa-se, o Rio Grande do Sul sempre foi muito positivista, não por acaso nós tivemos aqui o templo positivista.

A Revista Quixote era bastante centrada na poesia e dependente do trabalho de vários poetas críticos, como Paulo Hecker Filho, Vicente Moliterno Mota — que foi meu tio e morreu muito cedo — e João Francisco Ferreira — que, já bem velho, chegou a ser meu professor, quando eu cursei Jornalismo. Era uma revista modernista e aplicava uma leitura modernista para análise da literatura do extremo sul do Brasil. Eles não queriam “coisas” de gauchismo e folclore *fake*. Aplicavam esta leitura modernista a autores como Simões Lopes Neto. Traziam ideias que buscavam afastar a literatura do Rio Grande do Sul do regionalismo folclórico e dos temas locais. Nós sempre fomos muito provincianos, e éramos mais ainda do que somos hoje. Pretendiam afastar-se do marasmo imperante entre a classe intelectual rio-grandense da época, composta, como diziam eles, desses “medalhões”.

Paulo Augusto Franco de Alcântara, professor da Universidade de São Paulo, que está escrevendo sobre os diários inéditos de Faoro, aponta ainda uma série de questões ainda abertas e em investigação: Quais eram as referências teóricas e acadêmicas de Faoro durante seus anos de Faculdade? Como eram as relações travadas entre estudantes, professores, funcionários? Sob quais condições materiais Faoro construiu sua trajetória? Como era o ensino e quais eram as lacunas desse ensino na Faculdade de Direito? Qual era a concepção de Faoro sobre o ensino nos anos 1940? Como a Faculdade impactou, ou não, sua formação

intelectual? De que modo a formação acadêmica abordava, ou então ignorava, as contradições de classe e de raça que emergiam, com muita intensidade, no processo de modernização de Porto Alegre?

Pistas para esses pontos pode-se encontrar em algumas das cartas de Faoro a seu melhor amigo, Jorge Rafael Cezar Moreira, que foi, inclusive, o revisor de *Os donos do poder*. São cartas muito interessantes, sobre as quais escrevi um artigo, publicado em livro do historiador Carlos Guilherme Mota, a propósito dos intelectuais que fizeram o Brasil.

Nos anos 1980, o professor da Faculdade de Direito da UFRGS, na disciplina de Teoria do Direito, pede aos alunos que entrevistem um jurista, para que ele fale sobre o direito. Como Faoro recém tinha sido presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, num momento fundamental de nossa história, o início da redemocratização, Raul Justino Moreira — filho de Jorge Rafael Cezar Moreira — escreve a Faoro. Pergunta como é ser advogado e qual é sua percepção com relação ao modelo de advogado que ele representa e ao modelo de advogado que, a partir dos anos 1980, começa a se instalar no Brasil.

Faoro dá sua visão sobre o papel social do advogado, a quem deve ser inafastável — diz ele — a preocupação com o bem público e o papel de liderança na comunidade. Faoro estabelece uma comparação entre o advogado como conselheiro e liderança da comunidade, de um lado, e, de outro, o advogado como sócio de firma estadunidense, que estava começando a surgir naquele momento, só preocupado com a ascensão profissional e financeira — sem nenhum estudo, sem nenhum amor à literatura, à história e às ciências sociais, um técnico absolutamente desligado de seu entorno cultural.

Faoro rejeita, nessa carta, o confinamento do advogado ao papel de mero técnico da legalidade. Diz: “o advogado é um transmissor da cultura”. De novo, aí, o papel da memória. Por isso, ele via o direito, como eu também, enquanto absolutamente indissociável da cultura e da história.

Segundo Faoro, um dos grandes males no Brasil, que atingia basicamente os egressos das Faculdades de Direito, era o jurismo, “esse simulacro pelo qual nos ocupamos em construir com a lei, e não com os fatos, sofrendo então nossas instituições de artificialismo, porque nascem mais por enxerto do que nutridas

pelo solo natural”. Um exemplo marcante disso está no Projeto de Reforma do Código Civil brasileiro, que traz institutos estrangeiros totalmente afastados de nossas raízes.

No mesmo ano em que Faoro ingressou na Faculdade de Direito, também ingressou Paulo Brossard de Souza Pinto, cuja carreira foi muito próxima da de Faoro, já que foi um colaborador ativo da Revista Quixote, tendo também atuação na outra revista existente à época, a Revista do Grêmio Universitário Tobias Barreto.

Não é por acaso esse nome. Tobias Barreto é o epígono daquilo que Miguel Reale veio a chamar de culturalismo, o qual deixou uma marca profunda em nossa Faculdade de Direito. Em outro artigo, eu busquei investigar essa influência. Veio com nossos primeiros professores, oriundos do Nordeste, como juízes de fora, trazendo ideias e livros, transmitindo essas narrativas àqueles que foram seus alunos.

A Revista do Grêmio Universitário Tobias Barreto foi uma revista também muito, muito importante. Um evento marcante da vida acadêmica de tal grupo deu-se quando os estudantes decidiram trazer a Porto Alegre um dos maiores processualistas da época, que era o uruguaio Eduardo Couture. Então, Couture veio a Porto Alegre, mas a maioria das pessoas não sabia quem ele era. Ele vinha dar três palestras. A primeira sessão foi um vexame, a plateia do Salão Nobre da Faculdade estava quase vazia. Os alunos, desesperados, saíram, Rua da Praia afora, pois a Rua da Praia era o centro intelectual de Porto Alegre, convidando as pessoas, quase que as coagindo, a comparecerem às demais palestras. Foi um sucesso, as palestras lotaram.

Couture ficou impressionado. Ficou tão entusiasmado que veio muitas outras vezes a Porto Alegre. Acabou participando da banca de concurso, para professor da Faculdade, de Galeno Lacerda, um dos dois grandes processualistas da história da Faculdade de Direito da UFRGS, ao lado de Ovídio Baptista da Silva. Couture acabou tendo, assim, uma influência intelectual bastante grande. Por quê? Pela mão dos estudantes, que saíram recorrendo Rua da Praia afora e encantaram Couture com seu interesse cultural.

Num discurso proferido em comemoração aos sessenta anos de sua formatura, publicado na Zero Hora de 17 de dezembro de 2007, Paulo Brossard rememora: “A vida acadêmica não se esgotava na Faculdade, ela se estendia a uma área de imaginária continuidade: era a Rua da Praia um prolongamento da Faculdade, ou seu complemento. A Rua da Praia era um condomínio acadêmico.”

Isso segue anos 1950 afora, ainda marcando muito as gerações que passaram pela Faculdade naquele período, até que chegamos ao *intermezzo* doloroso dos anos de chumbo, cuja memória ainda está por ser contada e recuperada.

Há de se recordar, contudo, um episódio: Brossard, que à época já era considerado um grande constitucionalista, resolve prestar concurso para professor de Direito Constitucional na Faculdade, no início dos anos 1960. O concurso, contudo, é fechado, não se realiza. Ainda assim, a Congregação decide contratar Brossard. Ele, durante dez anos, deu aulas na Faculdade, às quais todos acorriam, pois ele era um grande orador, professor notável. Porém, ele nunca teve contrato, não recebia, deu aula durante dez anos de graça. Isso com grandes sacrifícios, pois era deputado federal, então desdobrava-se entre Brasília e Porto Alegre.

Quando sobrevém o golpe militar, evidentemente as aulas de um professor de Constitucional independente tornam-se insuportáveis para o poder, principalmente para o reitor à época, Eduardo Faraco, que era também médico cardiologista de Emílio Garrastazu Médici — quem lida com o coração do ditador tem um poder enorme sobre ele. Então, Faraco mandava e desmandava, como bem entendia. Ele não conseguia suportar a independência de Brossard. Tanto fez que conseguiu que esse fosse demitido, depois de dez anos dedicando-se aos alunos da Faculdade sem ganhar “um tostão”.

Chegamos aos anos 1980. Aí, renasce A Toga. Existia desde 1949, criada por Nicanor da Luz e José Dall’Agnol, dois alunos da Faculdade. Era um espaço ligado ao Centro Acadêmico e à representação dos estudantes, com grande debate nos campos político, jurídico e cultural. Nos anos de chumbo, A Toga deixa de circular, pois, evidentemente, um jornal com essas características é incompatível com a ditadura. Essa história está narrada no editorial do primeiro número de 1990. A Toga retorna com a consolidação da retomada democrática no país.

Fabiano Engelmann — egresso da Faculdade de Direito e hoje professor de Ciência Política na UFRGS —, num artigo que escreveu por volta de 2010, propõe um esquema de análise muito interessante para apreensão dos padrões de estruturação do campo jurídico que se configura com a redemocratização do país a partir de 1979, face a todos os movimentos políticos que marcaram a época, como Diretas Já, Assembleia Constituinte, etc. Esses conviveram basicamente com a emergência das condições e possibilidades do direito ser visto como um instrumento de transformação social, em detrimento da relação tradicionalmente mantida pelos juristas, do direito como um instrumento de conservação social.

Engelmann analisa, nesse período, a emergência das condições institucionais para formação de mestres e doutores. Isto também ocorreu nessa época. O professor, até aí, era um prático, um advogado ou desembargador. Porém, surge, nessa altura, um movimento de profissionalização da carreira docente, com os cursos de mestrado e doutorado. Direito foi uma das últimas áreas a ter seus mestres e doutores. Inclusive, quando Clóvis do Couto e Silva criou o Mestrado na Faculdade de Direito da UFRGS, alguns professores, que eram desembargadores, queriam ser professores do Mestrado, como se o título de desembargador fosse um título acadêmico, e ficavam muito injuriados ao receber a negativa.

Dentre os movimentos jurídico-sociais mais representativos à época, cita-se o movimento do Direito Alternativo, que surge a partir da mobilização de um grupo de magistrados, principalmente magistrados do trabalho, e de redes e ONGs de advogados que atuam em causas coletivas, por exemplo conflitos agrários e atinentes a direitos humanos. Nesta época, começa a se falar, pela primeira vez, em direitos ambientais, direitos da infância e da adolescência, direitos da mulher, movimentos de trabalhadores sem terra, que foram todos muito importantes.

Isso leva a uma grande politização do direito na década de 1990, mas que já vem sendo preparada desde os anos 1980, porque, obviamente, a história não se faz num clique, ela é sempre um processo.

Nessa época, também começa a mobilidade social no direito. O direito era, quase, um sistema de capitâneas hereditárias. Passa a existir uma mobilidade

social importante na magistratura, com o surgimento de advogados engajados em causas coletivas.

Engelmann diz: “Trata-se de fenômeno presente de forma mais explícita no âmbito do direito do trabalho, na advocacia para sindicatos de trabalhadores, num primeiro momento, e também na década de 70, na defesa de presos políticos e nas redes internacionais de advocacia relacionada ao movimento de defesa de direitos humanos. [...] Como resultado do fenômeno de diversificação das origens sociais, políticas e geográficas dos juristas, ocorre um conjunto de definições e usos do direito, que tem na redefinição institucional e nas mobilizações advindas em torno da Constituição de 1988 momento mais favorável para sua emergência.”

Tudo isso desemboca, portanto, na Constituição de 1988, mas reflete-se, também, na imprensa acadêmica. O jornal *A Toga* recebe uma grande reforma estatutária. A partir daí, se examinarmos os números d’*A Toga*, veremos uma série de matérias e editoriais acerca de: “Crise do ensino jurídico brasileiro”, “Cultura, elemento da sociedade”, “Juventude & Vanguarda”. Os títulos mudam completamente em relação àquelas revistas anteriores.

A Faculdade e seu jornal, *A Toga*, entram firme na campanha “Diretas para Reitor”. Foi um movimento que polarizou muito os estudantes e, afinal, provou-se exitoso, com a implantação, embora não de diretas, mas de um sistema misto.

Pela primeira vez, alunas na Faculdade demonstram voz ativa, num ambiente por tantos séculos totalmente masculino. Eu ressalto duas, que foram diretoras d’*A Toga*: Cristiane Avancini Alves, em 1997, e Laura Beck Varela, em 1998 — essa última hoje professora titular na *Universidad Autónoma de Madrid*.

Tal movimento político-cultural também resulta em novos abandonos da Faculdade. Assim como aqueles que preferiam a literatura e as ciências sociais ao direito, nos anos 1940, na época da *Quixote*, tinham saído do direito, ou pelo menos dividiam essa atividade com outras áreas, nós tivemos pelo menos dois alunos da Faculdade de Direito da UFRGS que vieram a se tornar escritores muito conhecidos e muito premiados: Michel Laub e Paulo Scott.

Michel Laub, logo que saiu da Faculdade, em 2001, lançou um romance, chamado *Música anterior*, o qual em seguida recebeu o Prêmio Erico Verissimo,

da União Brasileira de Escritores. Depois, escreveu *Diário da queda*, no qual aborda sua origem judaica a partir dos diários de seu avô, um sobrevivente do campo de Auschwitz. Ele ganha vários prêmios com esse livro. Tem uma produção enorme, é um dos melhores escritores brasileiros, segundo *ranking* da revista inglesa *Granta*.

Paulo Scott vem da PUCRS, mas realizou na UFRGS mestrado em Direito Público. Tem também muitos prêmios. Escreveu o livro *Marrom e Amarelo*, que eu li com o maior encanto, e inclusive encontra-se hoje traduzido para o inglês.

Outros alunos sentiam-se sufocados pela mesquinhez da política universitária. A profissionalização do professor — mestrado e doutorado, CAPES, etc. — levou também a uma grande possibilidade de manipulação da carreira acadêmica. Como sabemos, a mesquinha é um vírus que realmente está incrustado na universidade. Então, alguns dos alunos partiram, como por exemplo Claudio Michelin, que hoje é professor catedrático na Universidade de Edimburgo, e Laura Beck Varela, já referida.

Nesse momento, final dos anos 1990, também surge um jornal, que foi pequeno e breve, mas também um dos movimentos mais interessantes que esta Faculdade já teve. Era um jornal satírico e cultural, mas de uma extrema finura, de uma extrema cultura. Chamava-se *L'Ami du Peuple* (O Amigo do Povo). Encontrava-se na Faculdade um grupo de alunos muito, muito inteligentes, cultos e divertidos, com espírito de humor realmente muito fino. Esse grupo denominava-se “Os Jacobinos”. Tinham pseudônimos copiados, em sua maioria, de personagens da Revolução Francesa — Diderot, Marat, Montesquieu, Danton —, de escritores — Camus, Sartre — e de filósofos — Giambattista Vico.

Desse grupo faziam parte: Marcos Ludwig, Felipe Flores Pinto — hoje diplomata —, Ricardo Waldman, Alfredo Flores — hoje professor da Faculdade —, Elton Somensi, Klaus Koplin — também professor da Faculdade —, entre outros. Era um grupo ideologicamente muito heterogêneo e majoritariamente masculino. Porém, eles se entendiam muito bem. Lançaram, em junho de 1997, *L'Ami du Peuple*.

É um jornal muito divertido. Era de uma inteligência, de uma sátira, de uma finura, com críticas aos professores, às estruturas burocráticas da Universidade. Era muito, muito bom. Eles têm um texto cheio de intertextualidade, repleto de referências literárias, políticas, históricas.

O primeiro número anuncia:

“Alvíssaras! O triunfo da memória é o triunfo do espírito. Há os que cultivam a memória e os que buscam seu refúgio no esquecimento, contando, assim, com o encobrimento de seus crimes pelo véu da ignorância.

O equestre general [João Figueiredo] pediu que o esquecessem.

O principesco sociólogo (que também tem seus arroubos de general) [Fernando Henrique Cardoso] pediu que esquecessem tudo que havia escrito.

O enxadrista russo quer esquecer a Máquina Azul.

Devemos nos esquecer dos egressos desta Casa que se levantaram contra o autoritarismo?

Ou daqueles que amarraram seus cavalos no obelisco e tomaram para si as rédeas do país [Getúlio Vargas]?

Ou ainda das penas brilhantes que deram novos contornos à doutrina?

Será o tarro dos dejetos alimentares o destino final de nossa memória?

Daremos a solução final acendendo uma pira de livros e quadros de formatura em homenagem à Vaterland do obscurantismo e da estupidez?

Lembremos! E que nossa memória seja a salvaguarda para que 2004 não seja 1984.

Vive la Révolution!”

Um conteúdo muito político, mas satírico. Eles tinham uma luta muito séria e muito forte para reforma nos métodos de avaliação discente. Protestavam contra a cultura da violência exercida pela política sobre os sem-terra, com violações de direitos humanos. Promoveram entrevistas com políticos, a exemplo de Leonel Brizola, que então voltara do exílio. Já defendiam pautas acerca de preservação do meio ambiente.

É um jornal cuja memória, acho eu, não deve ser esquecida. Foi um movimento de muita inteligência, e a inteligência há de ser, sempre, preservada.

Ao mesmo tempo, continuava o Centro Acadêmico com A Toga, que também fez uma entrevista com Brizola. O jornal tinha editoriais fortes em relação a suas pautas. Lembro de um chamado “O bicho vai pegar”.

Estávamos, aí, já na primeira década do século XXI, com uma grande mudança do entorno sociocultural e do perfil dos professores. A democracia encontrava-se relativamente assentada. A luta política mais direta podia ser combatida em outras frentes, como meio ambiente, direitos das minorias, etc.

A Toga dá uma virada. Além dos assuntos acadêmicos, começam a ser discutidos projetos de expansão da Faculdade.

Até então, ingressavam, por ano, quarenta alunos na manhã e quarenta na noite. Toda a Faculdade compreendia oitocentos alunos. Evidentemente, tinha seus males, como também seus bônus. Uma turma pequena assegurava um contato maior dos professores com os alunos, aulas bastante fiscalizadas pelos alunos, etc. Por outro lado, existia o mal do elitismo.

A Toga passa também a dar muitas notícias sobre decisões jurisprudenciais relevantes, como por exemplo o reconhecimento da união homoafetiva, em 2011.

Chegamos, finalmente, a 2009, quando nasce o motivo pelo qual eu estou aqui hoje falando tanto. É a Revista *Res Severa Verum Gaudium*.

O que, então, eu desejava? Que a Faculdade de Direito, por seus alunos de graduação, que são seus personagens “raiz”, pudesse voltar a navegar numa dimensão cultural, a qual foi perdida, singrando a travessia da tradição para a inovação. Eu lembro sempre de uma frase de Che Guevara, que marcou minha adolescência, aos 16, 17 anos, quando eu me preparava para entrar na vida acadêmica: “Pés na terra, coração e cabeça nos ares do mundo.” É uma belíssima frase. Nós só conseguimos sair para o mundo e ser do mundo quando conhecemos nossas raízes, nossa tradição cultural. Pontua-se, contudo: a tradição não é para ser homenageada, não é para ser louvada. É para ser conhecida e, quando necessário, ultrapassada.

Hoje, a Faculdade é outra, e assim é sempre, com relação àquela que me viu como aluna e àquela que me viu como professora. Tudo muda incessantemente.

A “Res Severa” propôs-se, em seu ato de criação, a ser o repositório e o bastião da produção acadêmica dos alunos. Só por isso, tem um perfil diverso, embora não oposto, se comparada às revistas anteriores.

A produção acadêmica dos alunos da graduação, por melhor que fosse, não tinha um canal de divulgação pela Faculdade, o que, evidentemente, sufoca os jovens.

O primeiro artigo de Clóvis do Couto e Silva, *A teoria da causa no direito brasileiro*, foi escrito quando ele era aluno e publicado na revista acadêmica — após, republicado no livro organizado por Véra Fradera. Esse espaço para que os alunos exponham suas ideias, suas pesquisas, o resultado do processo de amadurecimento que estão vivendo é crucial.

O que leva a Faculdade são os alunos da graduação. O que mantém a narrativa são os alunos da graduação. Quem vem de fora pode ficar aqui quinze anos, vinte anos, trinta anos, mas não terá memória do que é a Faculdade. É totalmente diferente.

A Revista também abriu um canal de diálogo com estudantes de outras faculdades. Nota-se, cada vez mais, a absoluta importância da interdisciplinariedade, não só com as ciências sociais, com a história e com a filosofia, nossos tradicionais parceiros, mas também com a engenharia, com a computação, com a neurologia, com a medicina e assim por diante.

Esta Revista aponta para a importância do pensar, e ninguém pensa se não lê e se não escreve. Nós chegamos, hoje, a uma importância absolutamente fundamental da produção acadêmica certificada, tal qual essa que a Revista se propõe a fazer, não enquanto uma colagem produzida por uma máquina de inteligência artificial, mas enquanto um trabalho do pensamento.

Então, eu posso concluir essa narrativa, esses pedaços de memória que eu trouxe hoje aqui com algo absolutamente singelo: pensar. Nada substitui o trabalho do pensamento, e o trabalho do pensamento exige, para ser regado e cultivado, o ato da leitura e o ato da escrita. Se vocês têm uma revista que se propõe a isso, então a vida é boa, tudo fica bem.

Que venham os próximos quinze anos, e depois mais quinze!

Após, a Professora complementou:

Segundo Paolo Grossi, um dos juristas de maior relevo em minha formação, o mundo que nós conhecemos, o direito, o mundo da lei, das decisões jurisprudenciais, da doutrina, corresponde ao cume das montanhas. Porém, abaixo desse cume que nós vemos, há uma imensa montanha submersa, que nós não vemos. Evidentemente, conhecer só o cume não nos leva a conhecer a montanha. Nós precisamos conhecer a montanha.

Para conhecer a montanha, é absolutamente imprescindível conhecer a história, ter presentes as ciências sociais, as relações de força e de poder, relações que se entrelaçam e são sempre complexas, nunca são lineares. Uma pessoa sai da Faculdade com formação, e não apenas com informação, quando se dá conta disto: que precisa buscar compreender o que está na base das montanhas submersas.

Não devemos nunca esquecer-nos do seguinte: com que nós lidamos quando operamos nossas categorias, institutos e regras? Com a vida, com relações humanas. Se nós não compreendermos isso, que estamos lidando com relações humanas, as quais são sempre interrelações, não teremos compreendido nada. Para isso, precisamos não só da história, das ciências sociais, da filosofia, como também de muita, muita literatura. A literatura é o espelho invertido do direito.

Na vida, precisamos tanto de certezas, que nos assegurem e nos deem estabilidade, quanto da surpresa, do inusitado, do diverso. Isso é-nos dado em medidas iguais pelo direito e pela literatura. A literatura vem para surpreender-nos, para pôr em causa nossas certezas, para mostrar-nos um outro ponto de vista, uma outra maneira de pensar os cenários. Já o direito vem dizer-nos: nisto aqui, pode ficar calmo, porque tem uma regra que assegura. Temos de juntar esses dois polos. Pensar é ter espírito crítico.

A tanto seguiu-se, ademais, a manifestação de antigos integrantes da equipe da Revista: Bruno Irion Coletto, Bruno Rodrigues da Silva e Bráulio da Silva de Matos, todos fundadores da “Res”, além de Matheus Pereira Rocha e Rafael Wobeto Pinter, dois dos responsáveis pela reativação da Revista em 2016. Suas falas tornaram o evento ainda mais

significativo e tocante, sublinhando a importância da produção acadêmica em nível de graduação e do engajamento dos estudantes em objetivos transcendentais. Por isso mesmo, eu não poderia deixar de imprimir eco a excertos dessas, o que faço abaixo:

O momento do lançamento do primeiro número da Revista Res Severa Verum Gaudium, dado no dia 9 de setembro de 2009, foi simbólico também por estar acontecendo dentro da Biblioteca. A Faculdade havia sido reformada e reaberta em 2005, porém a Biblioteca permaneceu fechada, entre 2005 e 2008, com catalogação dos livros, no momento pós-reforma e reapropriação do edifício. Tornou-se uma pauta discente que a Biblioteca passasse a funcionar. O momento do lançamento da Revista era simbólico, pois estava relacionado à reabertura da Biblioteca.

Nós entendíamos A Toga como um jornal, um jornal de circulação das notícias do cotidiano do Centro Acadêmico e dos estudantes da Faculdade como um todo.

Assim, nós conseguimos estabelecer, do ponto de vista da comunicação dos estudantes, uma revista que era para ser científica. Afinal, A Toga, em alguns momentos, foi isso, veiculava artigos científicos. Depois, voltou a ser um jornal, resgatando sua origem.

(Bruno Irion Coletto)

Há quinze anos, eu não imaginava que fôssemos chegar a esse ponto. Isso é graças ao empenho de pessoas que vieram depois de mim, que eu nem conheço. Fiquei extremamente feliz de ter visto que essa revista permaneceu, sobreviveu a diversos percalços, e agora está, em minha visão, mais forte do que quando foi criada e concebida.

Na Faculdade, tivemos a ideia de criar uma revista, para poder publicar os artigos científicos de nossos colegas, para incentivar a produção acadêmica de nossos colegas.

Tem tantas tradições sendo construídas na Faculdade de Direito da UFRGS. Porém, a tradição é a perspectiva do presente. Minha perspectiva, de quem criou, é de legado.

Eu vi a Revista quando nós a criamos, após tendo “um pouquinho” de persistência e, enfim, morrendo gradativamente. Fiquei tão feliz de ver que ela ressurgiu! Tudo isso é graças ao espírito acadêmico dos graduandos. Pela valorização dos estudantes de direito, a Revista nasceu; em função da força de nós todos, ela continuará a existir.

Muito obrigado por terem mantido esse sonho vivo!

(Bruno Rodrigues da Silva)

Todo esse senso de comunidade, que vimos aqui, o qual vem desde a Revista Quixote, e esse sentimento de autonomia da produção intelectual do jovem que se encontra na graduação — no sentido de que a palavra do graduando também tem valor e merece ser ouvida — sempre nos moveu, no movimento de reativação da Revista, em 2016.

Começamos a buscar essa história, a fim de verificar como veicular as pesquisas que produzíamos na graduação. Então, foi como se tivéssemos descoberto um tesouro.

Nós comentávamos que tinha “um monte de gente” fazendo pesquisas incríveis na Faculdade e que nada disso era publicado, ou às vezes até era publicado, mas com o graduando como segundo autor, porque tinha que vir como primeiro autor alguém de maior titulação. Onde vão ficando essas pessoas, ao longo dos anos? Isso não aparece. Então, voltamos atrás para ver o que já havia sido feito na história da Faculdade, o que tantas mentes geniais que passaram pela Faculdade fizeram na graduação. Encontramos Quixote, Tobias Barreto, A Toga, *L’Ami du Peuple*. Encontramos, finalmente, a “Res Severa”, a qual estava inativa desde 2011.

Tomamos o Regimento Interno de 2009 e fizemos algumas modificações, a fim de modernizar e autonomizar a Revista e levá-la adiante. Porém, para tanto, foi necessário convocar uma Assembleia Geral dos Estudantes, o que se deu, com êxito, em dezembro de 2016. A versão final do novo Regimento Interno foi fechada em 25 de dezembro de 2016. Estávamos muito empolgados, querendo logo disparar o primeiro edital de seleção de artigos. Anunciamos, na virada do ano, a retomada dos trabalhos da Revista.

O que considerávamos, no período de retomada, é que o trabalho do aluno da graduação tem valor e que se faz preciso dar espaço e produzir registro e memória do trabalho do aluno da graduação. Por mais que hajam aprimoramentos a realizar, essa é a forma mais genuína de estimular a dedicação acadêmica.

Esta é a mensagem: o trabalho do aluno da graduação deve ser visualizado. Hoje, lemos os trabalhos de Almiro do Couto e Silva e Raymundo Faoro, publicados quando eram estudantes. No futuro, serão outros jovens que lerão a presente geração, dizendo: “nossa, eles também publicavam”.

(Matheus Pereira Rocha)

Progressivamente, e aqui dirijo-me à conclusão, nós inserimo-nos na tradição cultural da Faculdade de Direito da UFRGS, e, com isso, um nome tão trivialmente empregado para referir essa instituição ganha sentido e significado em nosso imaginário: “Casa”.

Foi, com efeito, um momento de reencontro e materialização da Revista *Res Severa Verum Gaudium*, de reforço de seu peso e de valorização da coragem para, no futuro, fazê-la crescer mais e mais, alçando voos cada vez superiores.

O décimo volume, o qual, na espécie, eu tenho a máxima honra de inaugurar, é só mais um passo nesse sentido. Desde 2009, este periódico vem se dedicando a oferecer a oportunidade de publicação a pessoas ainda não ingressas em nível de doutorado, bem como a fomentar o debate acadêmico no ambiente da Faculdade de Direito da UFRGS. Tenho a confiança de que, pelo presente número, tais objetivos foram e serão cumpridos com primor. Apresentamos artigos de estudantes de graduação, estudantes de pós-graduação *lato sensu* e estudantes de mestrado, vinculados a instituições de destaque como a Universidade de Brasília (UnB), a Universidade Federal de Pelotas (UFPel), a Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF) e, é claro, a UFRGS. Os temas são, certo, os mais variados, abrangendo desde o direito civil e o direito do consumidor até à história do direito e à filosofia do direito.

Nessa toada, estendo as saudações de gratidão a todos aqueles que, de alguma sorte, contribuíram para a existência do número e, no geral, da Revista: estudantes e professores da Faculdade de Direito da UFRGS a compor a Equipe Editorial e o Conselho Editorial, autores,

pareceristas e, por óbvio, leitores. Os elementos aqui referidos são imprescindíveis e indispensáveis, dependemos, sempiternamente, de todos e cada um.

Agradeço, ademais, ao Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva, o qual muito gentilmente cedeu um artigo de sua autoria, ainda inédito, com vistas à publicação neste número, na seção de autores convidados, sendo isso motivo de profunda honra para o projeto, sensação que se intensifica uma vez tratar-se de trabalho acerca de tema extremamente pertinente e candente, o Projeto de Reforma do Código Civil, com uma abordagem profunda e inovadora. Agradeço também à Prof.^a Dr.^a Luíza Leão Soares Pereira, que realizou a curadoria do segundo texto para a seção de autores convidados, possibilitando ao periódico a veiculação de um texto fundamental para o estado da arte do direito internacional público, de autoria da Juíza Hilary Charlesworth, da Corte Internacional de Justiça, fator de tremendo abrilhantamento no que toca à continuidade das atividades da Revista.

Por fim, agradeço, com especial destaque, a estes que passaram a ser os parceiros institucionais da Revista *Res Severa Verum Gaudium*: Judith Martins-Costa Advogados, Matter, Boettcher, Zanini & Souza Advogados, Gerson Branco Advogados, Pons & Coletto Advogados e Gráfica da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por possibilitarem e viabilizarem a retomada de uma tradição perdida em 2010, isto é, a impressão de exemplares dos números do periódico. Trata-se, em minha visão, de um bastião formidável para o projeto, afinal representa uma crescente materialização e visibilização daquele no seio da Faculdade de Direito da UFRGS, bem como consubstancia um impulsionamento do alcance e do significado da produção acadêmica em geral e da produção acadêmica dos alunos da graduação da Faculdade em específico.

Nessa esteira, como derradeiro marco da série de celebrações, desvelo um atualizado trabalho de capa para a Revista, o qual procura simbolizar o encontro perfeito entre o direito e a arte, a tradição e a contemporaneidade, o Velho e o Novo Mundo, renovando-se continuamente a cada número. Esta capa indica o caminho de repositório cultural e de agente da produção acadêmica de alto nível que, mais e mais, afigura-se para a Revista *Res Severa Verum Gaudium*, refletindo e projetando o sonho da persistência do projeto, pelas mãos de estudantes da graduação, por mais quinze anos, dez volumes, outros quinze anos e outros dez volumes.

Sendo assim, faço votos, em nome da Equipe Editorial da Revista Res Severa Verum Gaudium, de que a leitura dos trabalhos publicados neste v. 10, n. 1, de agosto de 2025, o qual ora revela-se, guarde significado, nos corações e mentes de todos os interessados, dentro de nossa Faculdade de Direito e muito além.

Boa leitura!

Porto Alegre, 27 de agosto de 2025.

**DIREITO JUDICIAL E O PENSAMENTO DE KARL LARENZ:
BREVES NOTAS SOBRE O PROJETO DE REFORMA DO DIREITO
CIVIL BRASILEIRO**

*JUDGE-MADE LAW AND KARL LARENZ'S THINKING: SHORT NOTES ON THE
BRAZILIAN CIVIL LAW'S REFORM PROJECT*

Luis Renato Ferreira da Silva¹

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado.

RESUMO

O presente trabalho analisa a obra de Karl Larenz, abordando sua contribuição ao direito judicial e suas implicações na metodologia jurídica. O texto explora a relevância das ideias de Larenz em especial a função do direito judicial dentro da lacuna e sua natureza de fonte de direito, bem como a noção de sistema defendida pelo autor. O projeto de reforma do direito civil brasileiro, atualmente em tramitação no Senado Federal, incorpora a teoria da base objetiva do negócio, refletindo o pensamento de Larenz. No entanto, alerta-se para possíveis contradições e riscos ao sistema jurídico, como a revisão de contratos e a inclusão de danos indiretos, que podem comprometer a unidade e a ordem do código civil. A análise culmina na necessidade de revisitar o pensamento de Larenz para garantir que a reforma proposta atenda aos princípios constitucionais e promova um direito judicial coerente e sistemático.

PALAVRAS-CHAVE

Direito judicial – Karl Larenz – Projeto de Reforma do Código Civil – Metodologia jurídica – Teoria da base objetiva do negócio.

SUMÁRIO

Introdução. 1 O Direito Judicial e a posição de Karl Larenz. 1.1 Conceito. 1.2 O posicionamento de Karl Larenz. 2 Sistema Aberto na Visão de Karl Larenz. Considerações finais.

REFERÊNCIA: SILVA, Luis Renato Ferreira da. Direito judicial e o pensamento de Karl Larenz: breves notas sobre o projeto de reforma do direito civil brasileiro. **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 26-41, ago. 2025.

INTRODUÇÃO

1. A análise da obra de Karl Larenz, sendo ela não só extensa como abrangente de mais de um ramo do saber jurídico, impõe que se faça uma seleção de alguns aspectos sobre os quais dissertar, pena de serem versados múltiplos temas sem que se aprofunde mais detalhadamente algum deles.

2. É que este pensador, nascido na Alemanha em 1903 e falecido em 1993, trabalhou tanto no ramo da dogmática civil quanto no campo da metodologia jurídica, ou seja, com temas pertinentes à jusfilosofia. Larenz doutorou-se na Universidade de Göttingen no ano de 1926, lá tendo alcançado sua cátedra de Direito Civil e de Filosofia do Direito no ano de

ABSTRACT

The present essay analyses Karl Larenz's work, approaching his contribution to judge-made law and its implications to legal methodology. The text explores Larenz's ideas relevance, especially judge-made law's function in blank spaces and its nature as legal source, as well as the notion of system supported by the author. Brazilian civil law's reform project, currently under review in the Federal Senate, incorporates the objective theory of contracts, reflecting Larenz's thinking. However, one alerts to possible contradictions and risks to the legal system, such as contract revision and inclusion of indirect damages, that may compromise the Civil Code's unity and order. The analysis culminates in the necessity of reviewing Larenz's thinking in order to guarantee that the proposed reform meets the constitutional principles and promotes a coherent and systematic judge-made law.

KEYWORDS

Judge-made law – Karl Larenz – Civil Code reform project – Legal methodology – Objective theory of contracts.

1929. No ano de 1935 passou a exercer a cátedra em Kiel, sendo esta passagem bastante significativa visto que lá uniu-se à chamada Escola de Kiel, cujos integrantes empenharam-se na edificação do “renovamento jurídico alemão”, ligado ao movimento nacional-socialista. Junto com outros juristas dedicados a outros ramos do direito², Larenz foi o filósofo da Escola. Lá desenvolveu sua doutrina sobre o direito subjetivo, a qual, mais tarde, viria a refutar.³ Após a guerra abandonou a Universidade de Kiel e começou a lecionar na Universidade de Munique, onde alcançou a jubilação.

3. Nesta sua larga carreira universitária, o autor produziu numerosos trabalhos, tanto no âmbito do Direito Civil como no âmbito da Metodologia. Podem-se citar obras que foram traduzidas do alemão (e encontram-se acessíveis em espanhol ou português) como “Base do Negócio Jurídico e o Cumprimento dos Contratos”, “Direito das Obrigações” (obra em dois volumes) e “Direito Civil – Parte Geral”.⁴ Na filosofia cumpre destacar “A Filosofia contemporânea do Direito e do Estado”, “A Metodologia da Ciência no Direito” e “Direito Justo: Fundamentos de Ética Jurídica”.⁵

4. Através da análise de posições expostas neste dois últimos livros, o presente trabalho procura examinar dois aspectos interrelacionados, a saber, o direito judicial e a posição de Karl Larenz, bem como sua noção de sistema. Se bem que é a graças à noção de sistema aberto que Larenz entende possível a existência da criação judicial do direito, opta-se pela exposição primeiramente das ideias sobre direito judicial, eis que torna mais viável a compreensão do tema na sequência.

5. A atualidade do tema se deve, a meu juízo, por dois motivos. Um de ordem dogmática, e outro de ordem metodológica. Tramita no Senado Federal o PL 04/2025 que

² Também pertenciam à Escola de Kiel Ernst Rudolf Hüber, dedicado aos estudos de direito público; Georg Dahm e Friederich Schaffsteins, no direito penal; e Wolfgang Siebert, no direito privado. Ver, sobre o tema, La Torre, Massimo, “Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazional-socialista” in *Rivista Internazionale di Filosofia*, 147/594. Sobre o movimento nazista de forma mais geral e suas supostas ligações com o positivismo, ver Valadão, Rodrigo Borges, “Positivismo Jurídico e Nazismo”, *Contracorrente*, São Paulo, 2021.

³ Ver “Derecho Civil - Parte General”, *Revista de Derecho Privado*, 2. ed., Madrid, 1983, p. 276 e ss.

⁴ Todas com edições em espanhol, respectivamente Ediciones Olejnik, Santiago do Chile, 2018; *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1952; *Revista de Derecho Privado*, 2. ed., Madrid, 1983.

⁵ Ediciones Olejnik, Santiago do Chile, 2020; Fundação Calouste Gulbenkian, 3. ed., Lisboa, 1997; Civitas, Madrid, 1985.

pretende, sob o enganoso nome de projeto de lei, promulgar um verdadeiro Código Civil novo, promovendo uma alteração profunda no vigente Código, tanto no conteúdo legal, quanto na sua sistemática. Entre as muitas (mais de 900) inovações, o pensamento de Larenz aparece de forma clara nos dispositivos que preveem, para fins de revisão ou resolução contratual, a teoria da base objetiva do negócio, nos moldes propostos por esse autor. Já no campo sistemático, multiplicam-se as oportunidades da criação judicial do direito pela introdução não só de cláusulas gerais (já conhecidas e versadas pelo atual diploma), mas de práticas judiciais que podem potencializar essa criação. Basta tomar-se como exemplo a viabilidade de fixação de indenização sem prova do dano baseada nas máximas de experiência do julgador.⁶

6. Em tal quadro, voltar os olhos para o pensamento de um jurista que viu os riscos de excessos no sistema nacional-socialista que apoiou e depois renegou, bem como o desenvolvimento do direito judicial com controles democráticos, ajuda a pensar o quão longe pode e deve ir uma reforma nos termos como proposta e se a sistematicidade (garantia do controle decisional) não poderá ser seriamente comprometida.

1 O DIREITO JUDICIAL E A POSIÇÃO DE KARL LARENZ

1.1 Conceito

7. A noção de direito judicial foi levada a cabo pelos juristas alemães que faziam uma diferenciação entre dois termos: *Juristenrecht* e *Richterrecht*. Aquele, mais propriamente utilizado para designar o direito dos juristas (ou seja, as construções elaboradas doutrinariamente). Este, no sentido próprio de direito judicial, através do qual se quer afirmar a existência de uma fonte de direito que emana das decisões judiciais.⁷ O entendimento do que venha a ser o direito judicial é fruto de um posicionamento entre um positivismo arraigado e uma teoria sem parâmetros legais como a teoria do direito livre.

⁶ Respectivamente as propostas de alteração do artigo 478 e a introdução do art. 480-A e redação proposta para o artigo 944-B.

⁷ Ainda que se conceba tal fonte como meramente derivada, numa visão mais mitigada de direito judicial, chegando-se, às vezes, a versões mais intensas que a consideram fonte originária.

8. Aceitar-se um direito judicial é conceber que o julgador, ao aplicar a regra, não faz tão somente uma atividade subsuntiva mas cria uma norma para o caso concreto, analisando a natureza das coisas e fazendo sobre elas assertivas, por vezes declaratórias, por outras constitutivas.⁸ É que o exame mais detalhado da atividade judicial mostra que o juiz não raciocina analogicamente só quando preenche lacunas, mas habitualmente.

9. Na verdade, afirma-se que a jurisprudência é fonte de produção do direito, ainda que derivada e contida nas leis. Não é uma fonte autônoma como a lei ou o costume, mas é uma fonte de criação que haure sua legitimidade no âmbito daquelas duas, ou seja, desenvolve-se dentro da lei, ainda que criando uma norma para a hipótese carecedora de regulação, para esclarecer a situação litigiosa.

10. O curioso é que esta amplitude do conhecimento judicial derivou por caminhos estranhos aos que objetivava quando surgiu na Alemanha. É que a sociedade germânica de fins do século XIX e início do XX era bastante estratificada e a classe dos juristas era uma classe à parte, na qual a população em geral não tinha penetração. O avanço de conquistas populares ocorria no Parlamento e não na Justiça, onde estas recuavam. Nesta confrontação ideológica, sobrepor o ideal propagado pelos juristas ao do Parlamento significava uma vitória do conservadorismo sobre o ramo mais avançado que era, no caso, o Legislativo.

⁸ Antigamente imperava entre os juristas da *common law* a teoria de que os juízes não criavam direito, senão que aplicavam ao caso concreto o direito que se encontrava latente no seio da comunidade e que era meramente declarado pelo aplicador. Esta teoria, denominada de *declaratory theory*, perdeu muito de sua força por influência do realismo americano e do sociologismo cuja expressão relevante foi a obra de Roscoe Pound. Sobre o tema, afirma Riccardo Mandelli (Recenti sviluppi del principio dello stare decisis in Inghilterra e in America” in *Rivista del Diritto Processuale*, 1979, p. 661-662): “Nella temperie ideologica dell’epoca vittoriana [...] acquistò grande popolarità [...] l’antica teoria che i giudici rinvenivano le regole giuridiche da esse applicate nelle consuetudini del popolo inglese, fondata sugli universali principi di ragione, opportunità e giustizia, di cui le decisioni costituiscono la prova, teoria perfezionata da Hale (1609-1676) e Blackstone (1723-1780) sotto l’influsso del diritto canonico e conosciuta come teoria dichiarativa”. Mas já no século passado havia críticas a esta teoria. Segue o mesmo autor dizendo: “Austin, che già intorno al 1820 aveva definito la teoria dichiarativa ‘una finzione puerile’, fu il primo a parlare apertamente di judicial o improper legislation e a riconoscere che la ratio decidendi era ‘itself a law’”. Também René David (“Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine” in *Archives de Philosophie de Droit*, v. 15, p. 6) refere a mudança de concepção no direito inglês, dizendo: “[...] on ne considère plus que la tâche des juristes soit d’appliquer des règles préparées à l’avance; c’est bien plutôt, enseigne le sociologisme de Roscoe Pound, de découvrir par une manière de ‘social engineering’ ce qui est bon pour la société. L’École réaliste a du reste montré tout ce qu’il y avait de fiction dans la prétention d’appliquer des règles préfabriquées”.

11. É que esta pressuposição de que há sempre uma característica estática no direito legislado e que o direito judicial é o mais avançado é falaciosa. Na verdade, há circunstâncias históricas que podem condicionar um caminho diverso. Sobre o tema, afirma Alessandro Baratta, comentando a situação da própria Alemanha:

El concepto del jurista como representante del pueblo, puede interpretarse como una especie de límite a la función de la asamblea legislativa y del parlamento. El énfasis dado a la comunidad (Gemeinschaft) en relación con la sociedad, que se impone con la escuela histórica y caracteriza todo el siglo pasado hasta el idealismo social en la época de Guillermo II, documenta significativamente una cultura oficial que tiende a ignorar las divergencias de clase y los conflictos entre grupos sociales, sobre-valorando las posibilidades de armonía entre los mismos.

Al poder alcanzado por el movimiento obrero en el legislativo contraponen la estabilidad del poder de la burguesía y de la aristocracia agraria en las estructuras judiciales y administrativas del Estado y, de manera más general, en las relaciones reales de la sociedad capitalista.⁹

12. Na evolução da ideia de direito judicial pode-se vislumbrar três formas de se compreender tal conceito. Uma primeira é a que acolhe a ideia concretizante, ou seja, a aplicação pelo juiz desenvolve um papel de concretização de conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais. Neste agir, o julgador não deve se socorrer de valorizações subjetivas, mas deve ficar o mais próximo de valores objetivamente constatáveis que podem ser vinculantes dado o seu caráter ético.

13. Uma segunda concepção é a que compreende tal modalidade de fonte de direito como um supletivo da lei. Aqui o julgador é chamado a decidir sobre ligações sociais ainda não qualificadas juridicamente. Está-se a meio caminho entre o papel do juiz e do legislador. O exemplo mais típico de um desenvolvimento desta espécie é o da sentença trabalhista que se denomina, expressamente, sentença normativa.

14. Por fim, uma terceira opção, é a aplicação corretiva da lei, ou contrária a ela. Esta concepção, por sua vez, pode ser subdividida em outras três.

15. Há os partidários de uma expressa vedação ao julgamento *contra legem*, podendo o julgador tão somente aperfeiçoar normas porventura falhas, dentro do âmbito dos

⁹ “La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho” in Las Fuentes del Derecho, Edicions Universitat, Barcelona, 1982.

princípios gerais e de juízos de valor consagrados. Só existiria uma exceção que é a hipótese de pôr-se em risco, com a aplicação da lei, a própria ideia de direito. Quando se der um tal estado de “emergência jurídica” que não pode ser solucionado de modo pronto ou suficiente pelo legislador, abre-se ensejo a que o juiz vá contra a lei para resguardar a ideia de direito.

16. Uma segunda corrente, ao admitir o uso *contra legem*, vai ao extremo oposto, e diz que é mais do que legítimo ao magistrado ir contra a lei, devendo ele ser um formador de jurisprudência que acelere o desenvolvimento social. É missão do juiz abrir o direito ao espírito do tempo, respondendo socialmente por seu desempenho.

17. Pode-se, desde logo, afirmar que uma tal corrente importa em riscos excessivos aos pilares da ordem constitucional normal dos Estados que, na linha dos ideários da Revolução Francesa, adotaram modelos constitucionais onde se abriga a separação dos poderes.¹⁰ É que conferir-se ordinariamente o papel de legislador ao juiz é malferir abertamente o princípio da separação dos poderes, exigindo do julgador uma politização que não é afeita a sua tarefa constitucional e institucional. Afinal, o magistrado deve exercer a jurisdição que nada mais é que a aplicação do direito positivo nas lides através de terceiro imparcial. A imparcialidade do juiz, distante de correntes político-partidárias (ainda que inserida em uma série de atividades político-sociais), resta gravemente arranhada por tal postura, que importa em uma verdadeira imprevisibilidade das consequências jurídicas.

18. Derradeira corrente que se insere no campo dos que admitem o julgamento *contra legem* é a que sustenta o cabimento da correção em casos taxativamente previstos em lei. Em especial quando se verifica a obsolescência da lei, onde incidiria o brocardo *cessante ratione legis*, *cessat lex ipsa*, e no caso da falta natural de razão de lei, quando então se estaria no campo do brocardo *lex sine ratio non lex*.¹¹

¹⁰ É no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que se encontra a regra: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

¹¹ Sobre as correntes acima elencadas, vide Orrù, Giovanni, “Richterrecht”, 1. ed. Giuffrè, Milão, 1988, p. 45 e ss.

1.2 O posicionamento de Karl Larenz

19. A compreensão do pensamento de Larenz importa na compreensão da sua distinção entre desenvolvimento judicial imanente à lei e desenvolvimento judicial superador da lei. Já está adotada, portanto, a premissa de que ele concebe que haja um direito judicial que, por vezes, extrapola o campo da aplicação da lei.¹²

20. A ideia de uma atividade judicial dentro da lei, imanente à lei, passa pela noção de que toda lei possui lacunas e a missão de preencher tais lacunas está, de há muito, afetada aos tribunais. Vai-se mais longe, em verdade, o preenchimento das lacunas não é permitido aos tribunais senão que lhes é imposto sob pena de estarem, verdadeiramente, a negar justiça. O monopólio da jurisdição estatal impõe ao Estado o correlato dever de solver as lides porque, caso remanescesse a possibilidade de autotutela, todas as lides teriam soluções, indiferentes a um acolhimento ou a uma regulamentação prévia da hipótese contenciosa.¹³

21. Larenz conceitua as lacunas de um modo mais restrito. Diz ele que: “O termo ‘lacuna’ faz referência a um caráter incompleto. Só se pode falar de ‘lacunas’ de uma lei quando esta aspira a uma regulação completa em certa medida, para um determinado setor”.¹⁴ Assim, querendo regular na sua totalidade uma determinada relação jurídica, o legislador deixou de fazê-lo, seja porque simplesmente olvidou-se de tal regra, seja porque ignorava situações que tais, seja, ainda, por ter minorado a importância dos fatos. Afirma o autor que é impossível caracterizar-se todos os vazios como lacunas. É que, por vezes, o legislador não regulou determinada circunstância de modo específico e intencionalmente. A isto ele denomina de “silêncio eloquente da lei”.¹⁵ Nem poderia ser diferente. Imagine-se que, a cada vez que o legislador decidisse que certa matéria era de somenos importância para o mundo jurídico, tivesse que jurisdicizar a situação para dizê-la irrelevante... Estar-se-ia exigindo apenas o impossível. Quer dizer, elencar o que é jurídico e, juridicamente, dizer o que não se

¹² Os parágrafos que se seguem resumem as ideias de Larenz expostas, basicamente, no capítulo V (Métodos de desenvolvimento judicial do direito) do livro “Metodologia...”, citado.

¹³ É o que se denomina de princípio da indispensabilidade da jurisdição e a ele se refere o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o artigo 140 do Código de Processo Civil.

¹⁴ “Metodologia da Ciência do Direito”, 2. ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 448-449.

¹⁵ Idem, ibidem.

quer que seja. Não são todos os silêncios que importam em lacunas por que há alguns que transmitem uma mensagem cifrada do legislador: a de que estes aspectos sobre os quais impera o silêncio não foram jurisdicizados.¹⁶

22. Tampouco não se pode confundir o conceito de lacuna com a falta de concretização de certos conceitos contidos nas leis, como, por exemplo, o de bons costumes. A falta de definição, na espécie, é inerente ao conceito que se quis deixar indeterminado para volatizar-se, eis que muito vinculado a condições sociais, econômicas, políticas e morais de uma comunidade.

23. Dentro das ausências de regulamentação onde elas deveriam existir pode-se falar propriamente em lacunas. Dir-se-á normativa a ausência de uma regra específica e da lei a imperfeição contrária ao plano geral da legislação. O que não admite o pensador é que se fale em lacuna do direito, dada a sua visão de sistema (que será analisada no próximo tópico)¹⁷.

24. As lacunas da lei, propriamente ditas, podem ser iniciais, sempre que falta for concomitante à vigência da regra, ou subsequente, quando acarretadas pela evolução social que não se enquadra na lei previamente dada.

25. Pode-se classificar as lacunas, ainda, em lacunas patentes e lacunas ocultas. Naquelas não há realmente a regra. Nesta há, mas a que existe contradiz o contexto no qual é inserida. Assim, caso houvesse a sua aplicação ela invalidaria a aplicação das demais, deixando um vazio onde regiam aquelas ou, caso façam-se imperar as regras globais, tem-se de afastar a contraditória, deixando também aí um espaço vazio. Trata-se de lacuna por

¹⁶ Nesse aspecto e sustentando que alguns não eram para ser tratados, Jean Carbonier (Derecho Flexible – Para una sociología no rigurosa del Derecho”, Editorial Tecnos, Madrid, 1974) já falava no *non droit*: “Contra los juristas dogmáticos, que suponen la continuidad del derecho objetivo, es preciso observar, en el interior de este último, largos intervalos de no-derecho. Es natural imputar el fenómeno a fuerzas antagónicas que hacen retroceder al derecho, pero estas fuerzas no son siempre exteriores al derecho. Pueden residir en el derecho mismo o, mejor, en la voluntad misma del derecho”, p. 36.

¹⁷ Um exemplo recente da utilização do pensamento de Larenz entre nós foi a feita por Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva em seu livro sobre a crise no cumprimento da prestação em face de eventos como a COVID-19 na qual, para o ordenamento jurídico brasileiro, Judith Martins-Costa invoca as hipóteses de lacuna e de seu preenchimento. “Crise e Perturbação no Cumprimento da Prestação – Estudo de direito comparado luso-brasileiro”, Quartier Latin, São Paulo, 2020, p. 240-243.

impossibilidade de uso de regra existente. Consoante o julgador se encontre frente a uma lacuna patente ou oculta, valer-se-á de meios de integração próprios e variantes.

26. Caso se trate das denominadas lacunas patentes, os meios de integração passíveis são: (a) A analogia, que consiste na idêntica valoração legal dada a semelhança das circunstâncias fáticas que não são, por sua vez, idênticas (caso fossem não se trataria de analogia, mas da mesma incidência). O uso da analogia expressa, em verdade, uma manifestação do princípio da igualdade enquanto medida de tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, na medida de suas desigualdades. Quando o axioma a incidir é buscado na lei chama-se analogia legis, e quando residir em alguma regra não legal, como um dos princípios regentes do ordenamento, trata-se de analogia juris. (b) O argumento a maiore ad minus, ou “por maior razão”. Também este radica no princípio da igualdade. É o típico raciocínio que se estrutura na formulação: “Se para A é assim, por muito maior razão ser para a”. Ambos os métodos de integração são limitados pela existência do que se chama “argumento ao contrário”, a saber, aquelas hipóteses em que o legislador foi taxativo em afetar uma determinada razão a um certo fato.

27. Falando-se de lacunas ocultas, evidentemente que a já existência de regra, ainda que inoportuna pois aplicável, impede se estenda algo, e tanto a analogia como o argumento de maior razão não podem ser aplicados senão que se deve opor ao alargamento uma certa restrição. Assim, a solução do impasse se dará na forma de uma “restrição teleológica”. A finalidade da lei é uma, mas com o sentido literal da regra a ser aplicada viola a própria finalidade a que se destina a normatização. Faz-se necessário reduzir o número de normas aplicadas de modo a que reduzam as incidências até a teleologia própria da lei.

28. O que ressalta de ambos os métodos é que fazem uso de meios a partir de situações já existentes no corpo legal. Destarte, a solução é desenvolvida dentro da lei de forma imanente a ela, quer pela compreensão de sua *ratio*, quer pelo alcance de sua teleologia. No preenchimento de lacunas há um momento criador, mas que é diferente do da criação legislativa.

29. A criação legislativa se impõe às pessoas na justa medida em que ela é dotada de autoridade própria em função da posição constitucional titulada pelo Poder Legislativo. Já o julgador, por sua vez, só pode angariar o respeito e a autoridade que ambiciona para o seu ato sentencial na medida da fundamentação adequada, cingida a considerações jurídicas bem concatenadas e de ordem superior à pura voluntariedade judicial. Ademais, já se vê, o legislador é limitado pela Constituição, quanto o julgador, além de haurir sua competência na Constituição, deve, igualmente, pautar-se pelos valores jurídicos.

30. No exame dos valores jurídicos também podem surgir certas perplexidades, sendo a maior delas o entrelhecho de valores. O método adotado quando isto ocorrer é o da ponderação de valores. Entre os bens considerados pela apreciação legislativa faz-se ceder aquele que irá restringir menos os direitos da personalidade. É uma ideia de correlação entre meio e fim: o prejuízo do bem jurídico protegido não deve ir além do que requer o fim aprovado.

31. A atividade judicial superadora da lei importa na criação de institutos jurídicos desconhecidos e/ou contrários à lei. Tal ocorrerá sempre que houver uma necessidade invencível do tráfico jurídico que não surgira ao tempo da edição das regras gerais do corpo legislado, ou quando houver um princípio cujo significado só posteriormente foi concebido. Aqui, extrapola-se a lei para buscar uma solução numa ideia jurídica. Porém, esta nova solução (*extra legem*) deverá ser sempre *intra jus*, no sentido de que deve ser inserível na ordem valorativa genericamente acolhida pelo ordenamento.

32. As hipóteses que dão ensejo a esta modalidade de atuação judiciária são as necessidades do comércio jurídico, a premência ou novo enfoque dado ao princípio da isonomia, ou, ainda, a incidência de princípios ético-jurídicos, aqueles nortes nos quais se assenta a consciência jurídica geral.¹⁸

¹⁸ Estes princípios serão desenvolvidos no livro “Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica”, 1. ed., Editorial Civitas, Madrid, 1985.

33. Tais usos do direito, nitidamente tidos como excepcionais, colocariam Larenz entre os pensadores que, em regra, não admitem uma formação judicial a não ser no caso de imanência da lei ou no caso de transcendência, como exceção.

34. Diz-se que a atividade é superadora da lei porque aqui o julgador deverá extrapolar o campo da legalidade, pois ou a aplicação deste ferirá de morte a ideia de direito ou haverá princípios jurídicos “recheados” de conteúdo ético que tornam imperiosa e premente a superação legal.

35. Caso exemplar da necessidade de superação da lei para fazer imperar um princípio de valor ético superior é o da decisão que, ao declarar a invalidade da lei por entendê-la violadora da Constituição, manda que se respeitem os efeitos por ela produzidos no curso de sua vigência para um respeito maior ao princípio da segurança jurídica que, no caso, deveria sobrelevar ao da legalidade.

36. Essa a sistemática de modulação da inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal que ingressa no sistema positivo com o advento da Lei 9.868. O artigo 27 da referida lei estabeleceu que:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Nota-se a excepcionalidade (maioria qualificada) e a estreita permissão (segurança jurídica e excepcional interesse social).

2 SISTEMA ABERTO NA VISÃO DE KARL LARENZ

37. A admissão de lacunas e de uma atividade superadora por parte do magistrado não importa que se aceite uma lacuna no Direito e tampouco coincide com um mero preenchimento de conceitos indefinidos. A inexistência de lacunas no Direito se dá porque o preenchimento destas é sempre decorrente da busca de argumentos dentro do âmbito jurídico.

A não confusão com o preenchimento dos conceitos indefinidos dá-se porque estes prefiguram aquelas intenções manifestas de vaguidade, como no caso dos “bons costumes”.¹⁹

38. As duas noções, a existência de conceitos indeterminados e a inexistência de lacunas no Direito, resultam da visão que Larenz tem do sistema jurídico. Inserido dentro de um pensamento onde se alinham outros juristas (com algumas variantes, obviamente²⁰), ele distingue o sistema externo do sistema interno e entende aquele como sendo de cunho fechado e este de cunho aberto. Para esta noção, como para qualquer entendimento sobre sistema, são imprescindíveis duas ideias basilares, a saber, a de unidade e a de ordem.²¹

39. A ordem não é ordenação lógico-subsuntiva a partir de premissas fixas, mas é uma regulação axiológica, onde se ordenam valores e não conceitos formais. Assim, o sistema comporta uma ordenação valorativa na qual são colocados valores que melhor expressam ou que melhor refletem a interação “fator – substrato”, “fator – norma”. Alia-se a esta ordenação valorativa um pensamento teleológico que guia a captação racional dos valores. A teleologia tende a vislumbrar as consequências da legislação de um valor primário, transpondo-o para casos comparáveis, solucionando contradições oriundas do surgimento de novos valores. Quer-se com a teleologia garantir a adequação formal dos valores ao sistema.

40. De outra banda, a unidade vem expressa em termos de principiologia, ou seja, os princípios garantem a unidade do sistema pois reconduzem a multiplicidade dos fatos a alguns poucos princípios constitucionais. Como diz o autor, não se quer mais ver atrás da lei a *ratio legis*, mas a *ratio juris*. Estes princípios, diferentemente dos conceitos abstratos, (a) não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou contradizerem-se; (b) não têm a pretensão à exclusividade; (c) só possuem sentido próprio numa combinação de complementação e

¹⁹ Essa posição é exposta no Capítulo VI (“A formação do conceito e do sistema na jurisprudência”) de “Metodologia...”, obra citada.

²⁰ Como J. Esser que admite a duplicidade e entende como fechado o sistema codificado e como aberto o sistema da *common law*, e vê como forma de unidade sistemática a principiologia jurídica (“Princípio norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”, Bosch, Barcelona, 1961), ou C. W. Canaris, cuja exposição em sua clássica obra sobre sistema (“Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito”, 1. ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989) desenvolve caminho semelhante ao prosseguido por Larenz, de quem foi assistente na Universidade de Munique.

²¹ C. W. Canaris, ob. cit., *passim*.

restrições recíprocas; e (d) para sua concretização necessitam de outros subprincípios e de valores singulares.

41. Já se vê, os princípios formam uma cadeia sistemática que iniciam dos princípios gerais, de grau mais elevado, que se concretizam em ulteriores princípios (ou subprincípios), que ainda não orientam a solução de um caso específico, a qual há de ser encontrada com a legislação específica orientada segundo aquela principiologia. Larenz exemplifica com o princípio do Estado de Direito que é uma ideia geral que se manifesta no subprincípio da igualdade de todos perante a lei. Esta se concretizará em situações legisladas em consonância com essa cadeia.

42. Os princípios são os meios técnicos adequados para que se estabeleçam uma legislação sistemática consentânea com os valores vigentes em determinadas épocas, eis que generalizam estes valores, mantendo o seu conteúdo. Deixa-se a concretização para uma casuística que afasta o risco de caducar o seu conteúdo, de minimizá-lo ou de torná-lo puramente formal.

43. Larenz, ainda, reúne ao lado dos princípios os conceitos jurídicos indeterminados pela função e os tipos, como instrumentos de um sistema aberto, na medida em que aqueles se imbuem da teleologia dos princípios e estes autorizam a mobilidade do sistema. Assim, tem-se que um sistema aberto possui características muito diferenciadas das que possui o sistema fechado. Sua principal meta é a de facilitar a permeabilização da ciência jurídica com valores, o que não poderá ocorrer caso se mantenha uma rigidez sistemática. Já se viu, portanto, que a nova concepção de sistema vale-se, também, dos elementos típicos de uma qualquer sistematização, a saber, a unidade e a ordem, mas atribui conteúdos diversos a estas duas noções. Trata-se de ordem de valores e sob uma unidade de princípios que refletem esses valores.

44. Graças a esta visão é possível que se compreenda que o desenvolvimento judicial é possível porque há uma mobilidade e uma abertura do sistema. Isso permite o recurso a outros elementos axiológicos para hipóteses concretas.

45. Um sistema uno e ordenado concede os elementos de um direito judicial dentro da ordem constitucional, com seus controles e longe de discricionariedades abusivas ou decisionismo não justificado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

46. A importância do pensamento de Karl Larenz e sua influência no direito privado brasileiro, tanto na parte dogmática quanto na parcela metodológica, justificam que suas principais linhas sejam sumariadas para estarem presentes, especialmente em um momento no qual se pensa em reformular o sistema do direito civil brasileiro.

47. Ainda que se possa discordar de vários aspectos da obra do jurista alemão, é inegável que, com outros fundamentos ou por outras linhas de raciocínio, o caráter sistemático do código é inafastável e, portanto, a sua unidade deve ser mantida pela construção de valores que sejam ordenados e atendam ao todo do ordenamento. Especialmente porque o referido projeto de lei, em vários momentos, parece incentivar o direito judicial que, como visto pelo pensamento exposto, não pode ser outro que o que surge *intra jus*.

48. Alguns pontos do referido projeto, entretanto, não parecem seguir essa linha e daí que revisitar um jurista com as credenciais e a aceitação de Larenz (até mesmo porque a sua teoria da base é introduzida no projeto) ajuda a pensar se algumas soluções se apresentam.

49. Limito-me, à guisa de conclusão, lembrar duas preocupantes. Ambas rompem a própria sistemática interna do código (não obedecendo as duas características basilares do sistema – unidade e ordem) e conduzem a posições jurídicas distintas.

50. A primeira diz respeito à adoção do sistema de revisão de contratos. O artigo 421, no seu parágrafo único, introduzido pela lei 13.874/2019, afirma que a revisão é excepcional. A crítica feita a esse dispositivo era a da sua obviedade. O sistema contratual do Código Civil nunca teve regra geral de revisão (apenas a do artigo 317 sobre prestações pecuniárias e em alguns contratos específicos, como no caso da empreitada).

51. A regra do artigo 478, ao permitir que a onerosidade excessiva (como no Código Civil italiano) levasse, em regra, à resolução, e só excepcionalmente (pela via processual da exceção da oferta equitativa), a revisão tornava despiciendo o parágrafo acrescentado (e tautologicamente posto no 421-A). Entretanto, no momento em que o PL 04/2025 tenta deixar a critério do onerado a opção entre revisar ou resolver, a revisão não é mais excepcional. Ela é uma opção regular como a resolução (e só na via da exceção é que a outra parte poderá recusar a revisão, como prevê o PL).

52. Ou seja, há uma contradição sistêmica. O argumento de que a nova regra do 478 (que adota, com a do 480-A, a teoria da base) tem requisitos rigorosos não faz do instituto uma exceção, mas, sim, uma figura de implementação estrita nos termos legais, mas que é a regra porque é a opção.

53. Outro exemplo também de contradição, no mesmo sentido, é o de rever a possibilidade de danos indiretos na previsão do artigo 944-B projetado. Essa regra contraria uma das bases da responsabilidade civil sistematicamente aceita e legislativamente consagrada no artigo 403 que, mesmo em caso de dolo, só admite os prejuízos diretos e imediatos da inexecução. E esse dispositivo permanece inalterado, em contradição interna tão flagrante quanto a anteriormente citada. E mais, em adoção de valores jurídicos alheios à tradição jurídica pátria que segue regra própria de causalidade.

54. Esses exemplos servem de alerta para que uma leitura mais atenta, e o pensamento de Larenz ajuda a apontar essa linha, permita que o sistema cumpra sua função e permita a formação de um direito judicial dentro dos parâmetros constitucionais.

INTERNATIONAL LAW: A DISCIPLINE OF CRISIS*DIREITO INTERNACIONAL: UMA DISCIPLINA DA CRISE*

Hilary Charlesworth¹

¹ Juíza da Corte Internacional de Justiça. Professora de Melbourne Law School e Australian National University. Doutora em Direito por Harvard Law School. Já lecionou em Harvard Law School, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, London School of Economics, New York University Global Law School, University of California, Los Angeles e Académie de droit international de La Haye.

ABSTRACT

This article examines the way that international lawyers tend to focus on crises for the development of international law. It uses the reactions of international lawyers to NATO's intervention in Kosovo in 1999 as a case study of this tendency and argues that the crisis focus impoverishes the discipline of international law. The article proposes the idea of an international law of everyday life as an alternative.

KEYWORDS

International law – NATO's intervention in Kosovo – Crisis.

RESUMO

Este artigo examina a forma com que os juristas internacionalistas tendem a focar em crises para o desenvolvimento do direito internacional. Utiliza as reações dos juristas internacionalistas à intervenção da OTAN no Kosovo em 1999 como um estudo de caso dessa tendência e argumenta que o foco na crise empobrece a disciplina do direito internacional. O artigo propõe a ideia de um direito internacional da vida cotidiana como uma alternativa.

PALAVRAS-CHAVE

Direito internacional – Intervenção da OTAN no Kosovo – Crise.

SUMÁRIO

Introduction. 1 What is the 'Kosovo crisis'?. 2 International lawyers on Kosovo. 3 The limitations of the crisis model. 4 The contentious construction of crises. 4.1 The negotiability of facts. 4.2 Lack of analytic progress. 4.3 Thin description. 5 The ethical cost of crises. 5.1 Narrowing the agenda of international law. 5.2 The heroic mission of international lawyers. 5.3 Silences of crises. 5.4 Restricting the substance of international law. Conclusion.

REFERÊNCIA: CHARLESWORTH, Hilary. International Law: A Discipline of Crisis. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 42-64, ago. 2025.

INTRODUCTION

International lawyers revel in a good crisis. A crisis provides a focus for the development of the discipline and it also allows international lawyers the sense that their work is of immediate, intense relevance. Many contemporary teaching texts in international law employ the study of crises as a counterweight to the formalism of the study of rules. Indeed Michael Reisman has argued that crises or 'incidents' – defined as 'overt conflict[s] between two or more actors in the international system'² – should be at the heart of teaching and scholarship in international law. Reisman has proposed that incidents should become the 'basic epistemic unit of international law' in the way that appellate cases are the basic unit of Langdell's case method.³ In this article, I question this focus through examining the way crises mould, and are moulded by, international law.

The paper takes 'the Kosovo crisis' as a case study. I am interested in how international lawyers analysed Kosovo as a crisis and the type of assumptions typically made in thinking about such events. By now the Kosovo crisis has almost a stale and passé air for

² Michael Reisman and Andrew Willard (eds), *International Incidents: the law that counts in world politics* (Princeton: Princeton University Press, 1988) 15.

³ *ibid* viii.

most international lawyers, its importance diminished by the more recent crisis of the events of 11 September 2001 and their aftermath. Kosovo however has been discussed at great length in the international legal literature and offers a lens through which a disciplinary pattern can be observed. I am concerned with what we tend to include and exclude from this form of debate and discussion about crises. My argument is that using crises as our focus means that what we generally take for ‘fundamental’ questions and enquiries are very restricted. This shackles international law to a static and unproductive rhetoric.

1 WHAT IS THE ‘KOSOVO CRISIS’?

The ‘Kosovo crisis’ has by now become a staple of the international legal literature, although the term is an umbrella for a range of phenomena. It can mean the long history of Kosovo, or political tensions in Yugoslavia/Serbia over the status of the province of Kosovo in the 1990s, which boiled over in late 1998 and early 1999. It can mean the North American Treaty Organisation (NATO) air campaign against Serbia in mid-1999. It can mean the current situation in Kosovo, with the presence of a NATO force and considerable social and political unrest and violence. It can also mean the debate among international lawyers over the legality of the NATO intervention.

The version of the Kosovo crisis that most international lawyers are interested in goes along the following lines. The Federal Republic of Yugoslavia (FRY) (an entity created after the break up of the former Yugoslavia comprising Serbia and Montenegro) took action against moves by Albanian Kosovars to regain some form of independence for their province, incorporated in Serbia in 1989. Kosovo has great symbolism for Serbians as the location of a fourteenth century defeat by the Turks. With increasing reports that President Slobodan Milosevic of the FRY was forcing ethnic Albanians to leave Kosovo in large numbers through violence and threats of violence, and after failed negotiations with the FRY and the Kosovo Liberation Army, the United States persuaded the regional defence alliance, NATO, to mount a lengthy program of air-strikes against the FRY. ‘Operation Allied Force’, initiated on 24 March 1999, was begun without taking the matter to the United Nations Security Council under Chapter VII of the United Nations Charter, which sets out the international legal regime to respond to matters threatening international peace and security. The campaign continued for two and a half months. 500 Serbian and Kosovar civilian deaths caused by NATO have

been confirmed and 6000 wounded.⁴ No casualties were sustained by the NATO forces. The bombing ended with the conclusion of an agreement between NATO's special security force, KFOR, and the governments of the FRY and Serbia allowing the deployment of an international civil and security presence in Kosovo under UN auspices.⁵ The United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK), which includes a Mission of the Organisation for Security and Cooperation in Europe, provides an interim administration for Kosovo, under which some autonomy can be exercised. Elections for a Kosovo Assembly were held in November 2001.

The NATO action appeared to violate international law as set out in the UN Charter, because the Charter requires that any regional action be undertaken only with the authorisation of the Security Council.⁶ The political reality was that Russia, as a permanent member of the Security Council, was likely to use its veto power against any Security Council action.⁷ In response to criticism of the NATO action on the basis that it breached the terms of the UN Charter, the United States President, Bill Clinton, and British Prime Minister, Tony Blair, argued that the NATO bombing was in fact deeply consistent with the humanitarian impulses of the Charter. Their contention was that armed intervention in another state was acceptable at international law if the aim of the intervention was to protect the population from massive breaches of human rights. In other words, the protection of human rights justified the otherwise central principle of international law of respect for national sovereignty. The NATO intervention in Kosovo was presented as a watershed in international relations. Robin Cook, the British Foreign Secretary, indeed described it as comparable to the fall of the Berlin wall in 1989.⁸

The NATO bombing raised many questions for international lawyers. Did the pursuit of human rights justify the breach of the United Nations Charter provisions on the use of force? If human rights trump the Charter provisions, do they place any limits on the type of

⁴ *Final Report to the Prosecutor by the Committee established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, para 1 (available at <<http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm>>).

⁵ Military-Technical Agreement, 9 June 1999. Security Council Resolution 1244, 10 June 1999, effectively ratified the Military-Technical Agreement.

⁶ Article 53.1. The Security Council later adopted Resolution 1244, 10 June 1999, in which it acknowledged the non-UN 'international security presence' and resolved to coordinate closely with it.

⁷ Russia unsuccessfully introduced a resolution in the Security Council condemning the NATO action: UNSCOR 54th Session, 3989th meeting at 5.

⁸ Ken Booth, 'Introduction: Still Waiting for the Reckoning' (2000) 4 *The International Journal of Human Rights* 1, 2.

force that was used? Thus, if the human rights abuses by the Serbs required immediate action, why did the NATO campaign consist of bombing from 20,000 feet up in the air, and last so long? For a long time, indeed, this was a very unsuccessful strategy, resulting in the deaths of many Kosovar refugees, and causing serious tensions in the NATO allies' relationship with China through the mistaken bombing of the Chinese embassy in Belgrade on 7 May 1999. The campaign also resulted in the destruction of much civilian infrastructure in Serbia. While it placed serious pressure on President Milosevic, the campaign did not succeed in its aim of removing him from office nor slacken the great exodus of refugees from Kosovo. Although the deal ultimately brokered by NATO with Milosevic allowed for an international presence in Kosovo and the return of many of the Kosovars, this has been accompanied by much violence, a great deal of it revenge attacks against Serbs in Kosovo.

2 INTERNATIONAL LAWYERS ON KOSOVO

The events in Kosovo in 1998–99 have been a big occasion for international lawyers. They have allowed a variety of performances of our art. There has been an outpouring of conferences, articles, books and exam questions on the topic. Kosovo is a paradigm of a meaty international law crisis, a real-life Jessup moot problem. It has involved both the institutions and the substantive principles of international law. A case on the legality of the NATO intervention was brought by the FRY before the International Court of Justice in April 1999.⁹ Milosevic was indicted in May 1999 by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia for war crimes.¹⁰ In June 2001, he was surrendered to the Tribunal by the Serbian government and is currently awaiting trial. Carla del Ponte, the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, announced in June 2000 that she had considered, but ultimately dismissed, prosecutions of NATO actors over the bombing.¹¹

There is intense debate in the international legal community about what Kosovo stands for. Some international lawyers read the NATO intervention in Kosovo as strong support for a principle of humanitarian intervention. At last it seems that there is evidence of state practice and *opinio juris* for a principle of custom that intervention is permissible where

⁹ *Case Concerning the Legality of the Use of Force (Yugoslavia v United States et al)* 1999 ICJ Rep.

¹⁰ <www.un.org/icty/indictment/english/24-05-99milo.htm>.

¹¹ n 3 above.

massive human rights violations take place. It points to a way around the problems of the veto of the permanent members of the Security Council.¹²

Other international lawyers have seen Kosovo as a much more problematic development in international law. Some have read it as a symbol of all that is inadequate in respect for and implementation of international law, as proof that legal principle is hopelessly limited by bureaucracy and corrupted by politics. They have condemned the NATO intervention in the FRY as completely outside the United Nations Charter system of security and a threat to global stability.¹³ For example Simon Chesterman and Michael Byers have said of the NATO bombing:

The global situation has begun to resemble that of previous centuries, where military force was the preferred tool of the powerful, and the less powerful sought protection in alliances of convenience rather than international institutions and international law. Most disturbingly, the system created in 1945 to preserve peace and security has been seriously compromised.¹⁴

A variation on this type of approach is illustrated in Jonathan Charney's analysis.¹⁵ He regards the NATO intervention as 'indisputably' illegal, an 'unfortunate precedent' and likely to escalate international violence and discord.¹⁶ At the same time, he sees Kosovo as a useful catalyst for the development of an international legal principle that, properly qualified, would allow humanitarian intervention in cases of 'widespread and gross violations of human rights'.¹⁷ He writes 'If current international law and organisations are inadequate to solve problems like the Kosovo situation, better rules of law and improved organizations might be developed to avoid these terrible risks and properly protect human rights.'¹⁸ So, Kosovo, read as a violation of international law nevertheless can make a contribution to the discipline by exposing the gaps in international law and encouraging us to fill them.¹⁹

¹² Michael Glennon, 'The New Interventionism: The Search for a Just International Law' (May/June 1999) 78 *Foreign Affairs* 2; Ruth Wedgwood, 'NATO's Campaign in Yugoslavia' (1999) 93 *American Journal of International Law* 828.

¹³ e.g. Richard Bilder, 'Kosovo and the "New Interventionism": Promise or Peril?' (1999) 9 *Journal of Transnational Law and Policy* 153; Abdullahi An-Na'im, 'NATO on Kosovo is Bad for Human Rights' (1999) 17 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 229.

¹⁴ Simon Chesterman and Michael Byers, 'Has US power destroyed the UN?' *London Review of Books* (29 April 1999), 30.

¹⁵ Jonathan I. Charney, 'Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo' (1999) 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1231.

¹⁶ *ibid* 1232.

¹⁷ *ibid* 1242.

¹⁸ *ibid* 1232.

¹⁹ See also Mary-Ellen O'Connell, 'The UN, NATO, and International Law after Kosovo' (2000) 22 *Human Rights Quarterly* 57, 85–88.

In between the legal/illegal poles of the debate we find a number of international lawyers clustered about the unfamiliar position that the NATO campaign was, strictly speaking, illegal but that it can be morally justified. A prominent example of this approach is the report of the Independent International Commission on Kosovo, a body initiated by Swedish Prime Minister Göran Persson. The Commission's legal members included Justice Richard Goldstone of South Africa, a former Chief Prosecutor of the ICTY, Richard Falk and Martha Minow. The Commission concluded that the NATO intervention breached international law because it was not authorised by the UN Security Council, but that it was morally and politically legitimate as a response to the serious level of human rights violations by the FRY.²⁰ At the same time, the Commission criticised some aspects of the intervention, particularly its methods and the lack of anticipation of its consequences for civilians.²¹ It believed that 'there is an urgent need to clarify the conditions under which justifiable humanitarian intervention in UN member states can be undertaken in the future' and it recommended amendment of the UN Charter to avoid the paralysis of the veto power in the Security Council. The Commission proposed a 'code of citizenship' which would both protect states from undue interference from outside powers and yet guarantee remedies for their inhabitants in cases of systematic abuse of human rights.²² The Commission's distinction between legality and legitimacy is also found in much of the commentary on Kosovo.²³

Characteristic of much international legal writing on Kosovo is a self-conscious agonising by its authors, whatever side they end up on. Thus Bruno Simma writes that:

unfortunately there do occur 'hard cases' in which terrible dilemmas must be faced and imperative political and moral considerations may appear to leave no choice but to act outside the law.²⁴

And Christine Chinkin asks:

How can I, as an advocate of human rights, resist the assertion of a moral imperative on states to intervene in the internal affairs of another state where there is evidence of ethnic cleansing, rape and other forms of systematic and widespread abuse,

²⁰ *The Kosovo Report* (Oxford: Oxford University Press, 2000) 288–289. A House of Commons Foreign Affairs Select Committee reporting in May 2000 reached a similar conclusion. See <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm199900/cmselect/cmfaaff/28/2802.htm>>.

²¹ *ibid* 289–290.

²² *ibid* 291.

²³ eg Nicholas Wheeler, 'Reflections on the Legality and Legitimacy of NATO's Intervention in Kosovo' (2000) 4 *International Journal of Human Rights* 145.

²⁴ Bruno Simma, 'NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects' (1999) 10 *European Journal of International Law* 1, 22.

regardless of what the Charter mandates about the use of force and its allocation of competence?²⁵

This unusual airing of professional anxiety can be contrasted to the debate on Kosovo in the international relations literature. Generally, scholars in this discipline appear less exercised by taking a position on the NATO campaign, perhaps because it is more easily interpreted in the paradigm of power politics than in the international lawyers' world of objective legal principles.

Whatever our views on the formal 'legality' of the NATO intervention, the Kosovo crisis seemed to distill many of the big questions of international law. International lawyers grasped at the NATO campaign in the FRY as an event that, properly unpacked and legally theorised, could rejuvenate our often overlooked discipline. Kosovo offered questions about sovereignty and self-determination, grave human rights abuses and expulsions, condemnation by international institutions, failed peace negotiations, military intervention by a regional alliance, international peace keeping and the role of international criminal tribunals. It was a contemporary Cuban missile crisis. Kosovo gave international lawyers a sense of relevance, of being exhilaratingly close to the heart of grand and important issues of our time.

3 THE LIMITATIONS OF THE CRISIS MODEL

The events in Kosovo and the way that international lawyers have seized on them illustrate how 'crises' structure our thinking about international law. Crises are not of course the only catalyst for the development of international law, but they dominate the imagination of international lawyers. Many scholars find a focus on crises uncontroversial, indeed a useful pedagogical and jurisprudential technique. Michael Reisman, for example, justified the study of incidents as a counterweight to the lack of empirical reliability of much international law doctrine.²⁶ He has argued that a focus on incidents (as opposed to a study of international case law) makes international jurisprudence 'more congruent with contemporary elite expectations that are reflected in practice'. This approach however has two types of limitations: it is

²⁵ Christine Chinkin, 'Kosovo: A "Good" or a "Bad" War?' (1999) 93 *American Journal of International Law* 841, 843.

²⁶ n 1 above, 263.

technically limited because it rests on truncated and selective understandings of events; it also diverts attention from structural issues of global justice.

4 THE CONTENTIOUS CONSTRUCTION OF CRISES

4.1 The negotiability of facts

An initial problem with the crisis model of international law is that it assumes that the elements of the crisis are uncontroversial, that the ‘facts’ are ripe for picking by analysts. Thus Louis Henkin starts off an editorial in the *American Journal of International Law* with the assertion that ‘[t]he terrible facts in and relating to Kosovo in 1998–1999 are known and little disputed’.²⁷ In the case of Kosovo, however, there is considerable dispute on the nature of the crisis. For example, there is much contention on the seriousness of the human rights violations invoked by NATO to justify intervention. In the same set of editorials as Louis Henkin’s, Jonathan Charney argues that we cannot characterise the human rights violations prior to the withdrawal of the Organisation for Security and Cooperation in Europe (OSCE)’s observer force as ‘massive and widespread’ because the verification mission had prevented such breaches.²⁸ Indeed, Charney contends that it was NATO’s forced withdrawal of the OSCE observers that encouraged large-scale abuses. Analysis of NATO’s claims preceding the bombing also indicates that there was routine inflation of the numbers of those killed and deported by the FRY government.²⁹

Another contested issue of ‘fact’ is the significance of the failure of the talks between the Contact Group (the United States, The United Kingdom, France, Italy and Russia), the Serbian government and Albanian Kosovars at Rambouillet in February 1999. Many international lawyers read the collapse of the negotiations as the result of Serbian intransigence. They accept that the convening of the session as proof that all peaceful means to resolve the dispute had been exhausted and that the only option remaining was the use of force.³⁰ However, the story is more complex. The Rambouillet proposals can be viewed as

²⁷ Louis Henkin, ‘Kosovo and the Law of “Humanitarian Intervention”’ (1999) 93 *American Journal of International Law* 824.

²⁸ n 14 above, 1245.

²⁹ *Le Monde Diplomatique* March 2000.

³⁰ n 11 above.

drafted to ensure their rejection. They created a Kosovo Force (KFOR) accountable to NATO rather than the United Nations.³¹ KFOR was accorded freedom of movement, action and access not just in Kosovo, but throughout FRY territory. The proposals, presented as interim, also were ambiguous about the terms of a final settlement, particularly whether it would require full independence for Kosovo or a lesser form of autonomy. The prospect that Kosovo's independence would be imposed on the FRY three years after the Rambouillet proposals were adopted was completely unacceptable to the Serbian government.³² A move to full Kosovo independence also went much further than previous United States proposals.³³ International lawyers pay little attention to the legal significance of the counter-proposal made by the Serbian National Assembly on the eve of the NATO campaign.³⁴ This proposal rejected the deployment of foreign troops, but contemplated an international presence in Kosovo leading to a 'wide-ranging autonomy' in Kosovo. It was not considered by NATO.

The epithet 'humanitarian' is often used by international lawyers to describe the NATO intervention in Kosovo as though it were an uncontroversial and factual description. The idea seems to be that it must be humanitarian because there were no obvious economic or strategic stakes in Kosovo. The nature of the intervention, however, raises questions about its humanitarian character. The NATO bombing campaign was conducted at high altitude to prevent NATO casualties. This led to considerable problems of accuracy, with many of the civilian deaths and injuries being caused by technical errors. The eagerness to intervene at no cost to the intervenor undermines NATO's humanitarian credentials. As Jean Elshtain has pointed out, this tactic replaces the traditional international humanitarian law concept of civilian immunity with a principle of combatant immunity.³⁵

Another way in which the international legal literature on Kosovo privileges particular facts over others is the characterisation of the parties in the conflict. The Serbian government, particularly as personified by Slobodan Milosevic, is presented as an evil

³¹ Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo, 23 February 1999, available at <<http://www.monde-diplomatique.fr/dossiers/kosovo/rambouillet.html>>.

³² Eric Herring, 'From Rambouillet to the Kosovo Accords: NATO's War against Serbia and its Aftermath' (2000) 4 *International Journal of Human Rights* 225, 226–227.

³³ *ibid* 227.

³⁴ Proposal of the Parliament of Serbia for Self-Governance in Kosovo and Metohija, 20 March 1999, reprinted in (2000) 4 *International Journal of Human Rights* 363.

³⁵ Jean Bethke Elshtain, 'Kosovo and the Just-War Tradition' in William J Buckley (ed), *Kosovo: Contending Voices on Balkan Interventions* (2000) 363, 365 quoted in Tania Voon, 'Pointing the Finger: Civilian Casualties of NATO Bombing in the Kosovo Conflict' (2001) 16 *American University International Law Review* 1083, 1099.

violator of human rights, while the Albanian Kosovars are regarded as noble victims fighting for freedom. Again, the picture is more complex than these images. The Serbian historic attachment to Kosovo provides at least some explanation of the determination not to accord it independence, while some groups of Albanian Kosovars have participated in significant violence against other ethnic groups.³⁶

Any account of a crisis will of course be partial. In his advocacy of an ‘incidents’ focus in international law, Michael Reisman acknowledges the inevitable selectivity involved and indeed celebrates the virtue of ‘cultivated astigmatism’.³⁷ The selection of facts is for Reisman a critical aspect of legal science, distinguishing it from disciplines such as history and sociology. However, international lawyers are not trained to reflect on the politics of their choice of facts or the nature of the facts’ sources. International lawyers typically do not report on the basis of their own experiences and lives, and the ‘facts’ we deal with are gathered from the media, government reports and other sources. Our discipline does not encourage the weighing up of competing versions of events. What we glean then as ‘facts’ may be inaccurate or partial and the way we report and emphasise them is an act of political interpretation. We do not acknowledge this in the way we write.

4.2 Lack of analytic progress

A second technical flaw in the crisis model of international law is that it leads us to rediscover an issue constantly and to analyse it without building on past scholarship.³⁸ For example, reading the spate of articles that appear in our journals after each purported occasion of humanitarian intervention, it is difficult to observe any real progression of thought or doctrine. Our analysis tends to be very specific and tailored to particular immediate circumstances. The Kosovo literature makes little reference to previous asserted cases of humanitarian intervention, as though each aspect of Kosovo was unique. Our task thus seems quite journalistic – reporting on a phenomenon before it goes stale and disappears from our radar screens. As Gerry Simpson has observed ‘By the time we have put some distance

³⁶ n 31 above, 233.

³⁷ n 1 above, 19.

³⁸ Philip Alston, remarks at the ANZSIL/ASIL joint meeting, Canberra, 29 June 2000.

between ourselves and a particular human tragedy, we have moved on to the next ‘international incident’. This is a discipline that leaves you jet-lagged, breathless and numb’.³⁹

4.3 Thin description

A third issue in international law’s obsession with crises is that it leads us to concentrate on a single event or series of events and often to miss the larger picture. We have a penchant for cutting crises down to bite-size pieces.⁴⁰ One element of the thinness of international legal analysis is its vocabulary. We typically use general, sanitised language that reduces the messiness of the reality. Just as the term ‘collateral damage’ became popular to describe civilian deaths during the 1990–1 Gulf war, the use of the term ‘humanitarian intervention’ in Kosovo obscures the actuality of the devastating and often inaccurate high altitude aerial bombing campaign. It also glosses over the great increases in refugee numbers caused by the campaign.

In the Kosovo literature in international law very little attention is paid to the complex history of Kosovo and Serbia, not only over the past centuries but also in the 1990s. All eyes are on the NATO intervention in 1999. In all the words written about Kosovo by international lawyers, very few have examined why and how the Serbian actions against the Kosovars took place. The standard explanation for all the trouble after the break up of the former Yugoslavia is that it was caused by ‘ancient hatreds’, without any deeper analysis of the role of shifting political alliances, international institutions and economic systems in the conflict.⁴¹ The causes of the Serbia/Kosovo conflict are very complex, but at least one aspect of the answer is the system of power-sharing established by the Dayton Accords in 1995⁴², which gave power and stature to President Milosevic, endowing his autocratic government with a claim to legitimacy. The status of Kosovo was specifically excluded from the Dayton

³⁹ Gerry Simpson, ‘Kosovo Imprints: International Law at the Fault-Line’ (unpublished paper given in New York, Fall 1999) 1, (copy held by author).

⁴⁰ Analysis of the Gulf war in 1990–1991 is another example of this tendency. Thus Australian Foreign Minister, Gareth Evans, could describe the Allies’ intervention against Iraq’s invasion of Kuwait as ‘short, sharp and successful’, ignoring the complex social and political aftermath of Operation Desert Storm. *Cooperating for Peace* (Sydney: Allen & Unwin, 1995) 147–148.

⁴¹ Misha Glenny, *The Balkans 1804–1999: Nationalism, War and the Great Powers* (London: Granta, 1999); Anne Orford, ‘Muscular Humanitarianism: Reading the Narratives of the New Interventionism’ (1999) 10 *European Journal of International Law* 679, 681.

⁴² General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina with Annexes, 14 December 1995, reprinted in (1996) 35 *International Legal Materials* 75.

agenda.⁴³ In this sense, the international community itself set up a system that ultimately contributed to the persecution of the Albanian Kosovars. When things went too far, the tactic of force was produced – like a rabbit out of the hat – to ‘solve’ the problem. NATO members themselves had undermined the non-violent Albanian Kosovar movement and sanctioned the increasing militance of the Kosovo Liberation Army (KLA) and its attacks on other ethnic groups living in Kosovo.

We find it hard to contemplate that an international agreement (the form of international law we know and understand so well) that was meant to have stitched up one set of problems could in turn have nurtured violence and disorder. In general, we tend to sound quite definitive about the power of international law with very little information about context. International lawyers writing two years after NATO’s bombing campaign still focused on the legality of the NATO intervention and did not consider in any detail its aftermath. Little attention is given to the destruction of many basic civilian structures and services by the conflict, the territorial ambitions and violence of Albanian militants in Kosovo, the failure of KFOR to disarm the KLA and to control crime, the often forced return to Kosovo of Kosovars who were given temporary refuge in other countries, the violence against Serbian residents of Kosovo as the Albanian Kosovars return to their devastated homes, or the temporary revitalisation of Slobodan Milosevic’s rule through his capacity to withstand the military might of the west.⁴⁴

Moreover, international lawyers tend to hone in on isolated aspects of selected crises. For example, little attention has been paid to the legality of the methods used in the NATO campaign.⁴⁵ Thus the (aptly named) International Crisis Group’s lengthy report on violations of international humanitarian law in Kosovo in 1999 is devoted almost entirely to Serbian actions. The report explains that it could not examine KLA atrocities against Kosovar Serbs, nor NATO breaches of the laws of armed conflict because the investigation was too difficult.⁴⁶ The Independent International Commission on Kosovo alluded to some criticisms of NATO’s methods but did not analyse them in any detail because of a lack of evidence. It noted that it

⁴³ n 24 above, 846.

⁴⁴ See ‘West struggles to contain monster of its own making’ *Guardian Weekly* 21 March 2001, 1–2 (vol 164, no 12).

⁴⁵ Exceptions include Dino Kritsiotis, ‘The Kosovo Crisis and NATO’s Application of Armed Force against the Federal Republic of Yugoslavia’ (2000) 49 *International and Comparative Law Quarterly* 330, 355–357 (listing attacks on civilian targets during the NATO campaign); Tania Voon, n 34 above.

⁴⁶ *Reality Demands: Documenting Violations of International Humanitarian Law in Kosovo 1999* (Brussels: International Crisis Group, 2000) 4–5.

was ‘impressed by the relatively small scale of civilian damage considering the magnitude of the war and its duration’. It concluded that NATO had committed ‘relatively minor’ breaches of international humanitarian law, which were reasonable interpretations of the concept of ‘military necessity’.⁴⁷

The ‘crisis’ of Kosovo (meaning the NATO intervention) has become an international legal trope for the whole confusing history of the region. ‘Kosovo’ is a synecdoche, a figure of speech in which the part stands for the whole. The problem with this approach is that international lawyers are not accustomed to unpacking the layers of meaning of the synecdoche and understanding the ideas and references contained within the thing mentioned. We stay glued to specific, climactic events and fail to see the larger picture.

5. THE ETHICAL COST OF CRISES

5.1 Narrowing the agenda of international law

The crisis orientation of our discipline promotes a narrow agenda for international law. If we focus on a snapshot in time of long-simmering disputes, it allows us to present our task as a straightforward, if agonising, choice between two competing principles. Much of the writing about the NATO intervention by international lawyers has a portentous and dramatic tone. For example, Jonathan Charney’s lengthy analysis begins: ‘The participants faced a legal and moral dilemma between international law prohibitions on the use of force and the goal of preventing or stopping widespread grave violations of international human rights’.⁴⁸ Kosovo, the crisis, thus becomes a microcosm of the much-analysed tension between the UN Charter’s dual commitments to the prohibition on the use of force and to the protection of human rights.

The international law literature on Kosovo presents the issue as balancing respect for the Charter system of collective security on the one hand and the protection of human rights on the other. The scholarly pattern is to focus on interpretations of the words of the UN Charter, to refer to its *travaux préparatoires*, and then to consider the conditions for the creation of norms of custom. Plausible international law arguments can be made for both

⁴⁷ n 19 above, 183–184.

⁴⁸ n 14 above, 1231–1232.

sides. Critics of the NATO intervention linger over the words of the Charter and deconstruct evidence of state practice of ‘humanitarian intervention’ to show its flimsy nature. Supporters of the intervention make arguments about the failure of the UN system of collective security, the weight of state practice allowing intervention when human rights are at stake and the need for progressive development of the law. Although some of the comments were nuanced, the *American Journal of International Law*’s editorial symposium on Kosovo allowed a type of score board assessment of the NATO intervention: 4 in favour, 3 against. For most of the contributors, it was good or bad, right or wrong, justifiable or unjustifiable and in one case, right but wrong. But, is this type of assessment useful? We need a more complex reading of the Kosovo crisis, less certain and more qualified.

In the international legal literature on Kosovo, the most common pattern is to note that a self-respecting international lawyer must concede that the NATO intervention is outside the traditional boundaries of international law, but then to appeal to our sense of morality, ethics or humanity to argue that we must find a way to explain it legally. Whatever the legal niceties, the argument goes, at the end of the day something just had to be done to resolve the crisis.⁴⁹ Thus Antonio Cassese, observing that the NATO intervention violated the UN Charter, however reflects:

Faced with such an enormous human-made tragedy and given the inaction of the Security Council . . . should one sit idly by and watch thousands of human beings . . . slaughtered or brutally persecuted? Should one remain silent and inactive only because the existing body of international law rules proves incapable of remedying such a situation? Or, rather, should respect for the Rule of Law be sacrificed on the altar of human compassion?⁵⁰

Cassese’s response is to argue that a certain type of breach of *lex lata* can itself give rise to *lex lata*.⁵¹ Louis Henkin questions ‘Is it better to leave the law alone, while turning a blind eye (and a deaf ear) to violations that had compelling moral justification?’⁵² And Michael Reisman asks ‘what would the situation now be in Kosovo, and in human rights law, if the NATO states had concluded that, without Security Council authorisation, they could not act?’⁵³ Richard Falk argues that, while the NATO intervention was illegal and indeed unjust in

⁴⁹ eg House of Commons Foreign Affairs Select Committee Report, n 19 above.

⁵⁰ Antonio Cassese, ‘*Ex iniuria ius oritur*: are we moving towards international legitimization of forcible countermeasures in the world community?’ (1999) 10 *European Journal of International Law* 25, 25.

⁵¹ *ibid* 30.

⁵² n 26 above, 827.

⁵³ Michael Reisman, ‘Kosovo’s Antinomies’ (1999) 93 *American Journal of International Law* 860, 861.

its commission, ‘to regard the textual barriers to humanitarian intervention as decisive in the face of genocidal behaviour is politically and morally unacceptable’.⁵⁴

This angst of international lawyers interprets intervention as in itself almost automatically active and productive, while non-intervention is inactive and negative.⁵⁵ The only possible courses of action in the face of a crisis are to act or not to act. This approach mimics the rhetoric of politicians who are keen to truncate the range of policy options that seem available. Thus just before the NATO bombing began, the British Prime Minister Tony Blair declared that the world must do something or do nothing.⁵⁶ The form of the intervention is left unarticulated and unjustified. Blair’s proposition leaves no room for interrogation of why the ‘something’ must be bombing from 20,000 feet, or indeed why the ‘something’ must inevitably involve the use of force.

5.2 The heroic mission of international lawyers

The use of crises as the crucible of international law encourages international lawyers to cast ourselves grandly in an heroic mould; it allows international law to be ‘an arena of desire and fantasy’.⁵⁷ We develop a deep personal and professional investment in crises. Enthusiasm for the abstract concept of ‘humanitarian intervention’ in Kosovo to a large extent depends on a perception of ourselves as active and the Albanian Kosovars as passive.⁵⁸ Horrendous human rights abuses have been perpetrated on unnamed, inactive victims and it is our destiny as international lawyers to act to articulate these wrongs. Anne Orford observes this tendency generally in international legal texts:

The passive victim exists in these texts in order to constitute the hero or internationalist as the holder of those values which the victim lacks. . . . The reader who identified with those heroes comes to form his or her sense of self at least partly

⁵⁴ Richard Falk, ‘Kosovo, World Order, and the Future of International Law’ (1999) 93 *American Journal of International Law* 847, 853.

⁵⁵ Anne Orford, ‘The Making of International Lawyers’ (1998) 19 *Australian Year Book of International Law* 1, 12.

⁵⁶ Quoted in Simon Chesterman and Michael Byers, n above, 29. This phrase was used again by the Prime Minister in a speech justifying the United States bombing campaign in Afghanistan after 11 September 2001 to the Welsh Assembly on 30 October 2001. See <<http://www.number-10.gov.uk/news.asp?NewsId=2872&SectionId=32>>.

⁵⁷ David Kennedy, ‘Autumn Weekends: An Essay on Law and Everyday Life’ in Austin Sarat and Thomas R Kearns (eds), *Law in Everyday Life* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993) 191, 231.

⁵⁸ n 52 above, 13.

around that identification. That pleasurable process allows the reader to imagine himself or herself to be on the side of the good and the just.⁵⁹

Orford has examined the enthusiasm for both military and monetary intervention since the end of the Cold War. She argues that '[t]he narratives of the new interventionism are premised on an image of international law and institutions as agents of freedom, order, democracy, liberalisation, transparency, humanitarianism and human rights'.⁶⁰ This gives international lawyers the self-image of problem-solvers and cool professional realists imbued with humanitarian motives ('muscular humanitarianism').⁶¹ International law becomes the voice of civilisation, of universal humanism against the underdeveloped, squabbling, rest of the world.⁶²

The atmosphere of muscular humanitarianism is bred and reinforced in legal education. Many casebooks are organised around crises of one sort or another.⁶³ This allows us to shore up the image of international lawyers as tough humanitarians capable of pragmatic yet principled responses to restore freedom and order. The romantic style of teaching in international law reinforces this image.⁶⁴ The identity of international lawyers is built upon a separation between the world of activism (where we may actually encounter victims of human rights abuses and be required to engage with them) and our professional, legal world where we are the handmaidens, or advisers, to power.⁶⁵ We do not reflect on the way we are ourselves exercising a form of power. While international lawyers may be in reality now marginal to political decisions about the international order, we see as our ultimate aim the reorientation of governance 'so that the stark desert of politics can bloom with the flowers of law, reason, and order'.⁶⁶ This affects the way we construct and interpret crises and we need to scrutinise this process much more closely.

⁵⁹ Anne Orford, 'Muscular Humanitarianism: Reading the Narratives of the New Interventionism' (1999) 10 *European Journal of International Law* 679, 699.

⁶⁰ n 54 above, 2.

⁶¹ *ibid* 5, 8–10.

⁶² David Kennedy, 'When Renewal Repeats: Thinking Against the Box' (2000) 32 *New York University Journal of International Law and Politics* 335, 359.

⁶³ n 1 above; Burns H. Weston, Richard A. Falk and Hilary Charlesworth, *International Law and World Order* 3rd ed. (St Paul: West Group, 1997).

⁶⁴ Gerry Simpson, 'On the Magic Mountain: Teaching Public International Law' (1999) 10 *European Journal of International Law* 70, 72.

⁶⁵ n 54 above, 9.

⁶⁶ n 61 above, 347.

5.3 Silences of crises

The lens of crises in our discipline means that international lawyers concentrate on the public realm, of war and conflict and violence, where crises now occur under the glare of television lights. A parallel can be drawn between the international law attachment to crises and the way that traditional forms of history have concentrated on ‘great men’ and narrative representation of short-term political conflicts and crises.⁶⁷ One influential group of critics of this approach was the French Annales school. Fernand Braudel wrote that the historical tradition offered ‘a gleam but no illumination; facts but no humanity’. He went on:

To the narrative historians, the life of men is dominated by dramatic accidents, by the actions of those exceptional beings who occasionally emerge, and who often are the masters of their own fate and even more of ours. And when they speak of ‘general history,’ what they are really speaking of is the intercrossing of such exceptional destinies, for obviously each hero must be matched against another. A delusive fallacy, as we all know.⁶⁸

While international lawyers are generally not obsessed with great men as individuals, we are preoccupied with great crises, rather than the politics of everyday life. In this way international law steers clear of analysis of longer-term trends and structural problems.

One major silence is the position of women in the representation of crises. The players in international law crises are almost exclusively male. Men are the protagonists, men are at the negotiating table, men are making threats, retaliating, intervening. The lives of women are considered part of a crisis only when they are harmed in a way that is seen to demean the whole of their social group. For example, international law regards massive and organised rapes of women in times of armed conflict as illegal because they affect the honour of a community.⁶⁹ Other forms of systemic violence, or structural discrimination against women, do not constitute a crisis for international lawyers. This is rather seen as part of the status quo and not truly the business of international law. The general social position of women in Kosovo before or after the ‘Kosovo crisis’ is not regarded as in any way connected with the main crisis game.

⁶⁷ Hayden White, *The Content of the Form: Narrative Discourse and Historical Representation* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1987) 31–32.

⁶⁸ Fernand Braudel, *On History* (Chicago: University of Chicago Press 1980) 11.

⁶⁹ Hilary Charlesworth, ‘Feminist Methods’ (1999) 93 *American Journal of International Law* 379.

Such a silence was also evident after the Gulf war in 1990–1. That crisis consisted of the act of invasion of Kuwait by Iraq. It was ‘resolved’ by the UN- sponsored intervention and the withdrawal of Iraqi troops. The problems of women in Kuwait before, during and after the crisis have been paid little attention by international lawyers. We know that the Gulf war action was accompanied by significant sexual assault and abuse of women both in Iraq and Kuwait and within the United States military forces.⁷⁰ The economic sanctions placed on Iraq at the end of the war, devastating to Iraqi society, have had particularly bad effects on Iraqi women and children.⁷¹ The aftermath of the Gulf war also gave new life to militarism in the United States, which had direct and deleterious impact on women’s lives.⁷² We also know that the ‘liberation’ of Kuwait re-installed an autocratic government of men that denied women the vote. There is evidence that the position of women in Kuwait, particularly foreign workers, deteriorated sharply after the allied action.⁷³

Another silence in international law is related to the gendered nature of its building blocks. The international legal discourse of crises rests on a series of distinctions, for example: objective/subjective, legal/political, logic/emotion, order/anarchy, mind/body, culture/nature, action/passivity, public/private, protector/protected, independence/dependence. Feminist scholars have drawn attention to the gendered ‘coding’ of these binary oppositions with the first term (objective, legal, logical, order etc) signifying ‘male’ characteristics and the second (subjective, political, emotional, nature etc) signifying ‘female’.⁷⁴ Like many other systems of knowledge, international law typically values the first terms more than their pairs. The marking of particular concepts and strategies as feminine devalues them and makes them problematic to articulate. They seem illegitimate, embarrassing and irrelevant.⁷⁵

We can see a gendered system of symbols at work in a complex way in Kosovo. The management of a crisis is taken as a test of manhood. Intervention is action, coded as

⁷⁰ Anne Orford, ‘The Politics of Collective Security’ (1996) 17 *Michigan Journal of International Law* 373, 377–379. On the abuse of Cambodian women and children during UNTAC’s tenure see Judith Hicks Stiehm, ‘Peacekeeping and Peace Research: Men’s and Women’s Work’ (1997) 18 *Women & Politics* 27, 44–45.

⁷¹ Lori Buck et al, ‘Sanctions as a Gendered Instrument of Statecraft: the Case of Iraq’ (1998) 24 *Review of International Studies* 69.

⁷² Anne Orford, n 69 above, 381–382. See also Linda Boose, ‘Techno-muscularity and the “Boy Eternal”’: From the Quagmire to the Gulf’ in Miriam Cooke and Angela Woollacott (eds), *Gendering War Talk* (Princeton: Princeton University Press, 1993) 67.

⁷³ See Human Rights Watch, *Punishing the Victim: Rape and Mistreatment of Asian Maids in Kuwait* (New York: Human Rights Watch, 1992).

⁷⁴ eg Carol Cohn, *War, Wimps and Women: Talking Gender and Thinking War* in Cooke and Woollacott n 71 above, 227.

⁷⁵ *ibid.*

masculine and virtuous; hesitation is passive, coded as feminine. For example, decisive, aggressive action was needed to reassert order, and that consultation and dialogue were not useful after a certain stage. Indeed the staff of United States Supreme Allied Commander General, Wesley K. Clark, at one stage blamed the lack of success of NATO bombing missions on the fact that the United States had to consult too widely with its allies. This rhetoric of action rather than talk derives its power in part from its association with male behaviour and it makes it difficult to contemplate an order that is not achieved through the use of force. There is also an interesting inversion of traditional gender associations of law with masculinity and concern for humanity with femininity in the Kosovo crisis literature. Much analysis relies on a distinction between the prescriptions of international law (which would prohibit the NATO intervention) and the demands of humanity (which would justify the NATO actions). The latter is presented as a preferable course because it is associated with firm action, while recourse to the strict letter of international law in this context is read as feminine and passive.

5.4 Restricting the substance of international law

A focus on crises produces an impoverished set of substantive principles in international law. Take the idea of collective security. The notion of a crisis allows us to factor out ambiguities and complex contexts. The NATO bombing campaign in the FRY reinforced the idea that collective security and the international order, at the end of the day, are based on the threat of the use of force. There has been by contrast little investigation of the way that power relations work within states and how these power relations affect a state's 'external' activities.

The idea that responsibility for maintaining security rests essentially with states means that little attention is paid to the role that non-state actors, such as multinational corporations, and the international monetary institutions play in generating insecurity. The international law system of collective security assumes that there will be an active, finite, episode of 'collective' intervention (by sanctions or by military force) in response to a

security crisis.⁷⁶ This model both obscures and legitimates much more pervasive forms of intervention, for example those inherent in the international economic system.

CONCLUSION

A concern with crises skews the discipline of international law. Through regarding ‘crises’ as its bread and butter and the engine of progressive development of international law, international law becomes simply a source of justification for the status quo. The framework of crisis condemns international lawyers, as David Kennedy puts it, to ‘a sort of disciplinary hamster wheel’.⁷⁷

One way forward is to refocus international law on issues of structural justice that underpin everyday life. What might an international law of every day life look like? At the same time that the much-analysed events in Kosovo were taking place, 1.2 billion people lived on less than a dollar a day.⁷⁸ We know that 2.4 billion people in the developing world do not have access to basic sanitation, and that half of this number are chronically malnourished; we know that the developed world holds one quarter of the world’s population, but holds 4/5 of the world’s income; we know that military spending worldwide is over \$1 billion a day and that alternative uses of tiny fractions could generate real change in education, health care and nutrition; we know that almost 34 million people worldwide live with HIV/AIDS;⁷⁹ we know that violence against women is at epidemic levels the world over. Why are these phenomena not widely studied by international lawyers? Why are they at the margins of the international law world?

An international law of everyday life would require a methodology to consider the perspectives of non-elite groups. For example, we should be able to study ‘humanitarian intervention’ from the perspective of the people on whose behalf the intervention took place. International lawyers’ accounts of humanitarian intervention prompted by Kosovo do not take the views of the objects of intervention into account. If they did so, we would be likely to end

⁷⁶ Anne Orford, ‘Locating the International: Military and Monetary Interventions after the Cold War’ (1997) 38 *Harvard International Law Journal* 443.

⁷⁷ n 61 above, 407.

⁷⁸ United Nations Development Programme, *Human Development Report 2001* (New York: Oxford University Press, 2001) 9–10.

⁷⁹ *ibid.*

up with a much more contradictory, complex and confusing account of humanitarian intervention than international lawyers have thus far produced.

We should also enlarge our inquiries. For example, with respect to the idea of collective security, how can we think about the global security more broadly? Johan Galtung has developed the notion of structural violence that highlights causes other than warfare, for example poverty, as the major cause of death and suffering.⁸⁰ Other scholars have identified the interconnections of poverty, environmental degradation, discrimination, exploitation, militarisation and violence as the causes of insecurity.⁸¹ Feminist scholars have drawn attention to the threats posed, to women not by foreign states, but by more local actors, including the men in their families. On this analysis security would mean the absence of violence and economic and social justice. If the idea of security is understood more broadly, the futility of the standard form of international collective action becomes clear. Military intervention is an inappropriate mechanism if the causes of insecurity are poverty, discrimination and violence protected by structures within the state.

What if we were to change the type of questions we ask? For example, David Kennedy has pointed out that the work of international lawyers typically focuses on humanitarian objectives (such as environmental protection or protection of human rights). We could begin from the opposite end and examine what international law has to offer to the person who wants to pollute the environment or violate human rights. I imagine this as an international lawyer's version of C.S. Lewis' *Screwtape Letters* in which cheery letters from the Devil mock the ease of corrupting humans. Such a technique would destabilise the idea that international lawyers have a stable and common set of values.⁸² Kennedy proposes 'extra-vernacular projects', slowing the emergence of a disciplinary middle (or third) way and encouraging dissent and disagreement.⁸³ For example, how often have 'reforms' in international law obscured deep injustices? How are spatial and conceptual boundaries we take for granted made real by the law?

Finally, we should consider our own personal and professional investment in crises. We need to analyse the way we exercise power, and who wins and who loses in this operation.

⁸⁰ Johan Galtung, *Peace: Research, Education, Action* (Copenhagen: Ejlers, 1975).

⁸¹ eg Gita Sen and Caren Grown, *Development, Crises and Alternative Visions: Third World Women Perspectives* (New York: Monthly Review Press, 1987).

⁸² n 61 above, 346.

⁸³ *ibid* 475.

In asking this question, we will undermine that pleasurable sense of internationalist virtue that comes with being an international lawyer, but perhaps in the end contribute something to countering the injustices of everyday life.

**DISPERSÃO DA TECNOLOGIA DE RECONHECIMENTO FACIAL NO
ÂMBITO DA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: SINTOMAS DA
MESCLA DO URBANISMO MILITAR À RETÓRICA DE GUERRA
PREVENTIVA**

*DISPERSION OF FACIAL RECOGNITION TECHNOLOGY IN THE BRAZILIAN PUBLIC
SECURITY SCOPE: SYMPTOMS OF THE MIX OF MILITARY URBANISM WITH
PREVENTIVE WAR RHETORIC*

Letícia Pádua Pereira¹

¹ Graduanda em Direito na Universidade de Brasília (UnB).

RESUMO

Objetiva-se explorar tanto os pormenores de transparência e abusos, quanto as retóricas de beligerância repressiva/preventiva, em relação à aplicabilidade da *Tecnologia de Reconhecimento Facial* (TRF) no Brasil, sob o recorte específico da adoção no policiamento ostensivo. É cabível pontuar a percepção da equação inversamente proporcional de eficiência e quantidade de dados acumulados, demonstrando a fragilidade desta alternativa biométrica. O presente trabalho firma relação com autores nacionais e internacionais, junto à consulta jurisprudencial; ao acesso a referências promovidas pela sociedade civil; e, por fim, aos atos administrativos gerados pelos órgãos do Governo Federal. A justificativa da pesquisa reside em montar um quebra-cabeça da dispersão da TRF no território nacional, de modo a pautar uma dimensão crítica das violações aos direitos personalíssimos, a opacidade quanto à transparência, além da debilidade do consentimento. A partir do recorte da aplicabilidade da TRF à segurança pública no Brasil, a metodologia empregada está concentrada, predominantemente, na leitura bibliográfica, junto à consulta jurisprudencial, a análise de notícias e relatórios produzidos por *sites* e movimentos sociais engajados na discussão sobre a *Tecnologia de Reconhecimento Facial*. Diante disso, conta com uma gama de dados qualiquantitativos, responsáveis por expandir a profundidade da pesquisa. Para apreciar os problemas, utiliza-se de forte carga de casos concretos vinculados à segurança pública, compondo um leque de máculas que ratificam a imparcialidade destas iniciativas, afinal notável são os contornos de classe, gênero e raça.

PALAVRAS-CHAVE

Tecnologia de Reconhecimento Facial (TRF) – Segurança pública – Policiamento ostensivo – Urbanismo militar – Direitos fundamentais.

SUMÁRIO

Introdução. Introdução. 1 Tijolos da infraestrutura de vigilância: segregação ou segurança? 1.1 Zonas de combate: o urbanismo como artefato da guerra. 2 Lucratividade e invisibilidade: quem ganha na opacidade? 2.2 Retrospectiva do embarque nas terras brasileiras. 3 Judicialização, direitos fundamentais e transparência: repressão e retórica do inimigo. 3.1 “É melhor se antecipar”: reconhecido ou confundido? Considerações finais. Referências.

REFERÊNCIA: PEREIRA, Letícia Pádua. Dispersão da tecnologia de reconhecimento facial no âmbito da segurança pública brasileira: sintomas da mescla do urbanismo militar à retórica de guerra preventiva. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 65-91, ago. 2025.

ABSTRACT

The aim is to explore both the details of transparency and abuses, as well as the rhetoric of repressive/preventive belligerence, in relation to the applicability of Facial Recognition Technology (FRT) in Brazil, under the specific scope of its adoption in overt policing. It is worth highlighting the perception of the inversely proportional equation of efficiency and quantity of accumulated data, demonstrating the fragility of this biometric alternative. This work establishes a relationship with national and international authors, together with the consultation of case law; access to references promoted by civil society; and, finally, to the administrative acts generated by the agencies of the Federal Government. The research is justified by the idea of putting together a jigsaw puzzle of the dispersion of the FRT in the national territory, in order to establish a critical dimension of the violations of personal rights, the opacity regarding transparency, and the weakness of consent. Based on the applicability of the FRT to public security in Brazil, the methodology employed is predominantly focused on bibliographical reading, together with case law consultation, analysis of news and reports produced by websites and social movements engaged in the discussion on Facial Recognition Technology. In view of this, it relies on a range of qualitative and quantitative data, responsible for expanding the depth of the research. To assess the problems, it uses a strong load of concrete cases linked to public safety, composing a range of flaws that ratify the impartiality of these initiatives, after all, the contours of class, gender and race are notable.

KEYWORDS

Facial Recognition Technology (FRT) – public security – overt policing – military urbanism – fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Na contramão de parcela considerável da comunidade internacional, o Brasil se posiciona favorável à dispersão da adoção da Tecnologia de Reconhecimento Facial (TRF) no âmbito da segurança pública nacional.² Desse modo, inspecionar-se-á o uso deste instrumento biométrico –, responsável por traduzir os traços faciais que, tradicionalmente, são registrados pela retina humana, em codificação transcrita para a matematização –, a fim de averiguar casos de abusos e violações aos direitos fundamentais e personalíssimos. Contornando os exemplos de desvios seja de finalidade, seja de execução; além da observância ou não observância de requisitos, como consentimento, transparência e eficiência.

Propõe-se, então, perpassar pelos tópicos: (a) o resfolegar do urbanismo militar na segurança pública brasileira; (b) as fantasias tecnófilas e a repressão pelo policiamento ostensivo; (c) a mácula aos princípios da Administração Pública e o engenhoso projeto neoliberal; e (d) as mobilizações jurisprudenciais, as contestações e a amplitude da ação dos movimentos sociais.

A respeito do recorte geográfico, nota-se a proliferação da TRF em todas as regiões brasileiras –, além de uma municipalização evidente (a qual será tratada adiante) –, sendo que: Centro-Oeste contabiliza 84 projetos ativos; Nordeste, 50; Norte, 24; Sudeste, 93; e Sul, 55 (O Panóptico, 2024).³ De maneira a promover uma seletividade restrita, neste artigo, seleciona-se o foco dividido no Goiás –, no que tange ao seu pioneirismo e relações às avessas – e na Bahia –, acerca da percepção do projeto como empreitada política de vigilância; porém não se ignora os avanços da TRF em São Paulo, Rio de Janeiro e Ceará (conforme relatórios produzidos pela organização O Panóptico).

Quanto ao marco da proliferação expansiva da tecnologia, este pode ser traçado, retrospectivamente, a partir da Portaria nº 793, do dia 24 de outubro de 2019 (Brasil, 2019), a qual enquadrou a proposição de fomento das TRF como parte da composição do Eixo Enfrentamento à Criminalidade Violenta. A localização temporal deste engajamento

² Nos Estados Unidos, cidades como São Francisco, Oakland e Somerville aboliram o uso da *Tecnologia de Reconhecimento Facial*, conforme noticiado pelo G1 (2019). Esses banimentos projetam a intensidade da luta contra a TRF, sendo que “a Presidente do Conselho Municipal de Oakland, Rebecca Kaplan, apontou que a decisão foi baseada na grande taxa de erros da tecnologia, na dificuldade de se estabelecer padrões éticos para seu uso, na sua natureza invasiva e na alta potencialidade para abusos governamentais” (Gomes; Moura, 2024).

³ Dados referentes à atualização do dia 6.11.2024, consultada no site oficial de *O Panóptico*.

tecnológico não é coincidente, posto que a política estatal daquele momento se inclinava a uma clara magnificação da segurança interna (Nunes; Lima; Rodrigues, 2023), de sorte a mobilizar uma militarização das cidades –, formalizando um *locus* de guerra preventiva (Graham, 2016).

Além disso, cabe mencionar as negociações referentes à aquisição das Tecnologias de Reconhecimento Facial (TRF), que se dão disciplinadas pela Lei de Licitações (Lei n.º 14.133/2021), demarcando as empresas que abocanham maior fatia deste mercado em propulsão. Questiona-se: se é notável a presença de *lobby*; os motivos capitalistas das doações; as estratégias de mercado das remessas milionárias; juntamente à inversa relação de apreensão de dados e eficiência do sistema de *high-tech*.

Nesse sentido, não se pretende utilizar, anacronicamente, os termos de sociedade disciplinar, e sim apontar suas tanto confluências, quanto mesclas, internas ao modelo neoliberal. A metodologia rearranja-se em uma leitura quantitativa (em dados passíveis de matematização: índices, porcentagens, estimativas e concentração numérica) e qualitativa –, de maneira a ancorar-se em leituras críticas, buscando traçar origens, deformações e, sobretudo, reflexões que se expandem, desde a leitura bibliográfica teórica, até a feição concreta de casos reais, mobilizações políticas e dos órgãos do Judiciário, Executivo e Legislativo.

Logo, a espinha dorsal do trabalho se caracteriza pela observância do uso da TRF no policiamento ostensivo –, sendo este o papel concretizado pelos policiais militares pela Constituição Federal de 1988 (parágrafo quinto, art. 144) –, característica a qual torna imprescindível a investigação material sobre as heranças da Ditadura Militar.

Portanto, a suposta neutralidade das tecnologias é perigosa para o campo jurídico, uma vez que, ao romper a cadeia de causalidade, antecipa-a, à medida que perfila os alvos da persecução penal. Mobiliza-se um aparato partindo de parafernália que alimentam a reprodução de velhos preconceitos com nova roupagem: projeta-se o *Apartheid* automatizado –, devidamente racializado, entrelaçado de discriminações, de misoginia, racismo e capacitismo. Devido a isso, a organização de tópicos se lastreia como proposta para se alcançar as conclusões da pesquisa em objetivos variados: objetivo de exposição; objetivo de denúncia; objetivo de interconexão multidisciplinar; objetivo de proposição.

1 TIJOLOS DA INFRAESTRUTURA DE VIGILÂNCIA: SEGREGAÇÃO OU SEGURANÇA?

Regressar às fronteiras tímidas do início da propulsão da TRF é encará-la como uma articulação política entrelaçada à indústria beligerante. Junto a isso, sua aplicabilidade mais ostensiva está sendo testada em países vitimados por imensas desigualdades, de modo que, neste artigo, iremos enfatizar o papel de participação dos Estados Unidos e de Israel. Embora não sejam os únicos países – longe disso –, estas localidades geográficas empreendem uma articulação da TRF impossível de negligenciar, visto que, conforme retornaremos, forjam infraestruturas de vigilância vinculadas ao segregacionismo e à produção de um inimigo comum – o criminoso.

À vista disso, o desenvolvimento subjacente de propostas tecnológicas capazes de frear o avanço desta figura prosaica (o inimigo) ocorre à medida que fortes grupos empresariais e lobistas surfam na onda de um discurso popular pautado nas condicionantes: “[...] se nossa tecnologia [de reconhecimento facial] fosse empregada [nos aeroportos dos Estados Unidos em 11 de setembro], a probabilidade é que [os terroristas] tivessem sido reconhecidos” (Graham, 2016, p. 184).⁴ Desse modo, o jugo tecnológico se apresentou como uma retórica de soluções para barrar o avanço de forças criminosas, gerando tanto uma onda de proposições, quanto um ciclo vigoroso de lucros derivado deste novo setor em florescimento.

A carga de modernização arraigada a estas propostas opera como se fosse uma barreira que a protegesse de críticas. Seus apologéticos podem mencionar os seguintes argumentos: de ser recente (já são mais de vinte anos de testes internacionais realizados, conforme mencionado pelo trecho da jornalista de 2001)⁵; de que, supostamente, há menor

⁴ Esta citação foi pronunciada por Tom Colasti, no momento registrado era CEO da Visage Technology. Não se trata de fala isolada, de sorte que, ainda em 2001, após o *11 de Setembro*, a jornalista Alexandra Stikeman (*apud* Gates, 2011, p. 1) anunciou que entre as imagens mais assustadoras veiculadas daquele dia histórico, estava o registro do rosto de um dos sequestradores, capturado por câmeras de monitoramento de Portland. Diante disso, argumenta o seguinte: segundo especialistas da área, a *Tecnologia de Reconhecimento Facial* já comercializável poderia instantaneamente comparar a imagem captada ao banco de dados fotográficos de terroristas suspeitos do FBI, o que, provavelmente, teria impedido o criminoso antes mesmo de seu embarque fatal.

⁵ Quando ainda era candidato ao governo do Rio de Janeiro, Wilson Witzel levantou a bandeira da defesa de uma organização estatal focalizada no militarismo, segundo suas propostas “a implementação do sistema de câmeras com reconhecimento facial iria facilitar a solução de crimes e contribuir para ordem social, sobretudo por meio do monitoramento que poderia proteger tanto lojistas de sofrer roubos, quanto transeuntes de sofrer assaltos. Mas, para isso, seria necessária a implantação de “milhares de câmeras no Rio de Janeiro” (Nunes; Silva; Oliveira, 2022, p. 7).

dispêndio de capital para localizar criminosos e suspeitos (este ponto será tratado mais à frente)⁶; de ser neutro, desclassificando as evidências de racismo, pondo-as como meras ocorrências excepcionais⁷ (diagnóstico reiteradamente falso).

Dentre as preocupações que mapeiam essa pesquisa está o cerceamento de direitos em prol de um pragmatismo tecnológico, o qual: (a) demonstra-se oneroso; (b) há evidente falta de transparência quanto ao ciclo de vida dos dados, sua aplicação, seu uso, as licitações e os pregões de aquisição da TRF; (c) ineficácia em comprovar seus resultados, sem ter um lastro probatório suficiente em assinalar efetividade de seu exercício; (d) são tímidos os avanços na regulamentação jurídica realizada pelo Poder Legiferante, sendo exceção a Lei Distrital 6.712/2020; e, por fim, (e) reprodução sistemática do quadro de racismo, gerando um fenômeno nomeado por membros da sociedade civil como *Apartheid* Automatizado.

De início, faz-se imperioso salientar o perigo do Brasil beber desta fonte da aplicabilidade da TRF no âmbito da segurança pública, posto que o desenvolvimento de testes desta tecnologia se nutriu em locais manchados por abusos sistemáticos de direitos e corrosão de garantias humanitárias. Nesse sentido, as regiões palestinas da Faixa de Gaza e da Cisjordânia exemplificam este fenômeno em que:

As IDF usam reconhecimento facial maciço com uma crescente rede de câmeras e telefones celulares que documentam cada palestino na Cisjordânia. A partir de 2019, os soldados israelenses passaram a usar o aplicativo Blue Wolf para capturar rostos palestinos, que são então comparados a um enorme banco de dados de imagens apelidado de “Facebook para palestinos”. Estimulou-se uma competição entre os soldados: os que trouxesse mais fotos de palestinos ganhariam prêmios (Dwoskin, 2021).

⁶ Exemplo disso são as notícias veiculadas pela mídia expondo a quantidade de prisões realizadas a partir da TRF, cujo teor agregado às matérias omitem as críticas frente a tecnologia, realçando os avanços e as marcas históricas dos números. Esta constatação é notada na narração acerca de que o “Sistema de Reconhecimento Facial da SSP ultrapassa a marca de 900 prisões em 2024”, tendo seu conteúdo sumarizado na fala do secretário da SSP, que disse: “O Sistema chega a uma marca histórica e mostra sua importante utilidade para auxiliar as Forças e retirar das ruas pessoas que respondem a processos criminais” (Sistema..., 2024).

⁷ Apesar de ser qualificada como neutra e objetiva, a TRF “parte de um algoritmo que ainda é alimentado por indivíduos repletos de valores culturais, sociais e pessoais que faz dessa neutralidade uma tão sonhada utopia” (Almeida; Estellita, 2021, p. 225). À vista disso, a omissão da imparcialidade da tecnologia esbarra com a factualidade –, a qual é capaz de dismantlar a falsa percepção do algoritmo ser isento de preconceitos –, como informado pelo estudo de autoria da Rede de Observatórios de Segurança, responsável por mostrar que “90,5% dos presos a partir de reconhecimento facial foram pessoas negras, com os estados da Bahia, Rio de Janeiro e Santa Catarina na liderança no uso dessa técnica” (Silva, 2022, p. 116).

A empreitada sofisticada de edificar uma infraestrutura de vigilância que utilize estes dados biométricos inescapáveis⁸ serve para controlar a mobilidade urbana, tendo caráter de seletividade dos espaços e do acesso aos direitos. Segundo Tarcízio Silva (2020), a expansão dos ambientes digitais carrega a reprodutibilidade do racismo da sociedade não automatizada, tornando possível um leque de discriminações propagadas nestes ambientes automatizados ditos neutros e democráticos.

O ano de 2019 (representado pela Portaria n.º 793, de 25 de outubro de 2019, assinada pelo então Ministro Sérgio Moro) marca a proliferação institucionalizada da TRF não é coincidência, sendo o marco temporal da ascensão da extrema-direita, cujas propostas estavam focalizadas na segurança pública. Tanto isso é factível que o ex-governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, viajou até Israel, a fim de “conhecer drones que atiram e tecnologia de reconhecimento facial” (G1, 2018).

Embora a tecnologia seja caracterizada como um instrumento objetivo, além de passível de evolução, a posição condescendente do Brasil com projetos articulados em zonas de guerra, dimensionados por grandes monopolistas responsáveis pela ocupação do território palestino, denota uma posição não apenas geopolítica, como também do tratamento interno aos considerados indesejados.

1.1 Zonas de combate: o urbanismo como artefato da guerra

Em uma conjuntura maculada por táticas militares internalizadas no seio urbano, é impossível ignorar a agenda neoliberal em sintonia com esta ópera. Às avessas das promessas constitucionais de expansão dos direitos fundamentais, os orçamentos governamentais fracionados são amplamente direcionados à aquisição tecnológica, preterindo o cuidado, por exemplo, a respeito do saneamento básico regional.

Bonópolis, cidade de 4,5 mil habitantes a 455 quilômetros de Goiânia, foi uma das atendidas pelas emendas de Waldir. O município foi criado a partir de uma vila fundada na década de 1960 por madeireiros que exploravam as matas locais. Em 1995, Bonópolis foi emancipada de Porangatu, em uma região conhecida pela criação de gado. Por lá, a tecnologia de videomonitoramento com reconhecimento

⁸ Considera-se inescapáveis pelo fato de os rostos serem a vitrine da identidade humana, porém também não é inevitável, uma vez que, apesar da matematização para abstração dos padrões de rosto, são perceptíveis os erros derivados, por exemplo, do ângulo e da luminosidade. Vale usar o exemplo da preocupação do impetrante Alain Amorim (este ponto será destrinchado nas próximas páginas) com o uso da TRF no Brasil devido –, além da pulsante questão racial – ao uso de máscaras na época da *Pandemia de Covid-19*, de modo a questionar como a tecnologia seria efetiva à medida que metade do rosto estaria coberto pelo apetrecho sanitário.

facial evolui mais rápido que a rede de esgoto. Até hoje, o saneamento básico atende apenas a 38,9% dos lares bonopolinos. Somente 10% da população tem ocupação formal, e a renda média é de 1,7 salários mínimos. O maior empregador da cidade é a própria prefeitura (Rebello, 2023).

Wacquant (*apud* Graham, 2016) já se debruçava sobre as contradições sintetizadas na simbiótica agenda neoliberal retroalimentada pelo recrudescimento do Estado Penal, de sorte que destaca a posição das cidades brasileiras como um termômetro histórico dos efeitos gerados pela insegurança social. Alinhado a isso, postula as favelas do Brasil –, à medida que os guetos afro-americanos dos Estados Unidos e os banlieues franceses também o são – representam pistas de teste “para o descarte ou o armazenamento dos excedentes de humanidade sob o capitalismo são os locais onde exemplares de guerra securocrática⁹ estão concretamente sendo desenvolvidos, experimentados e testados” (Wacquant, 2008, p. 56, *apud* Graham, 2016, p. 182).

Vê-se, então, que os investimentos consideráveis na Tecnologia de Reconhecimento Facial, a despeito de seus frágeis resultados, foram mapeados pelo projeto do CESeC (Centro de Estudos de Segurança e Cidadania), O Panóptico (Lima *et al.*, 2024) –, até o dado momento e a partir dos dados captados nos recortes metodológicos – como totalizando R\$969.375.507,62 (novecentos e sessenta e nove milhões e trezentos e setenta e cinco mil e quinhentos e sete reais e sessenta e dois centavos). Desse valor o projeto que abocanha mais de 50% do valor total está na Bahia, inexistindo dados explícitos no que tange aos estudos de aplicação, ou seja, se existe algum parâmetro objetivo para selecionar as áreas de implementação da TRF e se essas regiões são áreas delinquentiais ou não.

Ademais, a natureza dos crimes também não é discriminada, inclusive o Delegado Waldir, ao ser questionado da municipalização da Tecnologia de Reconhecimento Facial no Goiás, admitiu que, independentemente dos índices criminais de infrações mais perigosas em locais pequenos não serem elevados, é necessário almejar pela obliteração completa do crime, pautando a segurança pública como um direito absoluto sem fronteiras e purificado –, como se não fosse eivado de vícios de operação (Rebello, 2023).

⁹ O conceito de guerra securocrática, referenciado no livro de Graham, gravita na definição de Allen Feldman (*apud* Graham, 2016), as quais são “guerras sem data para acabar e não territorializadas (contra as drogas, o crime, o terror, a imigração ilegal, ameaças biológicas) organizadas ao redor de ideias vagas e abrangentes de segurança pública, em vez de conquista de territórios”.

À vista disso, faz-se imperioso enquadrar os casos concretos no campo de violações sistemáticas de direitos. Reflexo disso é o relatado por Tarcízio Silva, em que:

Em novembro de 2019, uma reportagem da TV Itapoan, da Bahia, entrevistou a mãe de um adolescente confundido com um traficante. A partir de identificação equivocada em imagens das câmeras de segurança, foi abordado dentro do metrô de Salvador e levado à delegacia. Segundo a mulher, não identificada para sua própria segurança, o filho chegou em casa abalado com a violência policial e precisou de muitos minutos para se acalmar e contar o que acontecera. Posteriormente, ficou “com medo de ir pra escola, com medo de pegar ônibus, com medo de pegar metrô, com o emocional abalado”. (Silva, 2019 *apud* Silva, 2022, p. 110).

Diante de tamanhas irregularidades, a letargia legislativa é um óbice a ser retificado, a fim de promover a mudança dessa dinâmica de passos mais largos e velozes da tecnologia, responsável por abrir um lapso jurídico de regulamentações. Nessa esteira, a visão de mundo militarista se alastra ora redimensionando esparsas garantias, ora sustentando a réplica do racismo em meio automatizado.

Desse modo, a nomenclatura *Apartheid Automatizado*¹⁰ localiza-se em relatórios promovidos pela Anistia Internacional, integrada ao movimento *Ban the Scan*, denunciando o quadro de vigilância na Faixa de Gaza e na Cisjordânia, porém pode ser adotado analogicamente ao Brasil, visto a convergência racial perceptível de que 90,5% dos aprisionados pelo reconhecimento facial serem negros (Nunes, 2019).

2 LUCRATIVIDADE E INVISIBILIDADE: QUEM GANHA NA OPACIDADE?

No episódio de lançamento do Laboratório de Identificação Biométrica - Facial e Digital em São Paulo, o então governador João Dória “festejou de forma tecnicista [...] laboratório”, que “localiza o bandido antes que ele execute o crime” (*sic*) a partir do recurso às mais de 30 milhões de fotografias de cidadãos na base de dados” (Silva, 2022, p. 111). Dos

¹⁰ O conceito de *Apartheid Automatizado* empregado em relatórios da Anistia Internacional juntamente à organização *Ban the Scan* referencia, sobretudo, não apenas ao panorama histórico do *Apartheid* da África do Sul –, em sua característica de segregação e exclusão de minorias –, como também à nova roupagem assumida por políticas que visam coibir a participação democrática do direito de mobilidade urbana da população civil, justamente devido à presença ubíqua de tecnologias de vigilância (automatizadas), que são instrumentalizadas para fins de detenção de dados e controle de corpos. De modo mais específico, a Anistia Internacional emprega o termo em sua empreitada de descrever a aplicação das *Tecnologias de Reconhecimento Facial* por parte de Israel nas populações de Gaza e Cisjordânia. No presente texto, objetiva-se alargar a aplicação de *Apartheid Automatizado* para também contribuir com o debate acerca do uso da TRF no âmbito da segurança pública em seus atravessamentos de gênero, raça e classe.

desdobramentos desta fala, atina-se a sinalização à prevenção do crime que subjaz o discurso do policiamento preditivo.

A ideia do policiamento preditivo¹¹ está agregada à cultura mercadológica focada no setor de “*smart cities*”, estando enlaçada a um reforço de “desigualdades sociais existentes, uma vez que se baseia em dados enviesados, mas suas desvantagens muitas vezes são colocadas em segundo plano à medida que seus programas mudam de nome e são vendidas como parte de um pacote ‘*smart city*’ mais amplo” (Morozov; Bria, 2019, p. 34-35).

O setor mercadológico das *smart cities* concerne às estratégias adotadas por setores de segurança e tecnologia com o objetivo de transformar o eixo urbano em um ambiente dotado de tecnologias intrincadas e integradas. Segundo Morozov; Bria (2019, p. 16), a genealogia do termo reside na “reorientação de grandes empresas, como a IBM, para além de seus modelos tradicionais de negócios de venda de *hardware* e *software*, no sentido de oferecer serviços – inclusive de consultoria”. A edificação de uma cidade inteligente se faria sentir na otimização do tempo somado à efetividade da gestão tecnológica, de maneira que a apresentação de meios urbanos a partir da qualificação de *smart city* implicaria em uma valorização do valor associado a essas metrópoles. Além disso, os autores evidenciam que as motivações da adoção da solução das *smart cities* pode estar classificada em dois ramos: a) normativo e b) pragmático. Nesse ponto,

O segundo tipo de motivação, o da variedade pragmática, abrange um leque de objetivos muito mais amplos e heterogêneos. Algumas cidades buscam tecnologias *smart* por suas promessas de imensa economia no fornecimento de serviços ligeiramente similares ou até mesmo melhores durante épocas de cortes orçamentários e de austeridade severa. Outras as procuram por desejarem reforçar a segurança e o policiamento, particularmente durante a realização ou na véspera dos chamados megaeventos, como as Olimpíadas, que acabaram por se tornar a tábua de salvação econômica de muitas cidades que se viram obrigadas a substituir sua base industrial pelo turismo. Ao lado dos sensores presentes em grande parte do ambiente urbano e das novas técnicas de policiamento preditivo, as câmeras *smart* de

¹¹ Jackie Wang (2022) pauta que a mudança de tendências no policiamento responsivo, de maneira a migrar o foco direcionado ao preventivo, é paralela a metamorfose sofrida pela temporalidade do policiamento, que passa a concentrar suas forças não mais apenas no ato concreto realizado mediante nexos causal inegável, e sim engloba, também, a esfera de antecipação e de prevenção. Dentre os argumentos levantados pela autora, vale sublinhar tanto (a) o comentário “feito por Richard Berk, pesquisador de policiamento preditivo e professor de criminologia e estatística da Universidade da Pensilvânia, que disse que seria possível calcular a probabilidade de alguém se envolver em atividades criminosas antes de nascer” (Wang, 2022, p. 49); quanto (b) a patologização da população negra pelo discurso estatístico. Dessa maneira, essa empreitada de forjar parâmetros objetivos para uma persecução penal antecipada fere o fato de que o crime foi historicamente racializado, o que culmina em imprecisões danosas, além de racistas.

circuito-fechado permitem que as cidades exerçam controle efetivo e direcionado sobre áreas que até então eram difíceis de serem alcançadas e governadas. (Morozov; Bria, 2019, p. 16-17).

Ao reverso da expectativa de que projetos imprecisos seriam dissolvidos, nota-se uma contraproducente persistência na aplicação do reconhecimento facial:

Tecnologias de reconhecimento facial são incrivelmente imprecisas. E não se trata de erros desconhecidos pela academia, por ativistas ou pelo poder público. Um número crescente de relatórios estatais ou independentes tem demonstrado as fragilidades da tecnologia que, não obstante, segue em ampla expansão. Além dos estudos mais abrangentes sobre a imprecisão da visão computacional citados anteriormente, dois casos merecem atenção. Pesquisadores da Universidade de Essex acompanharam entre 2016 e 2019 a adoção de uma série de procedimentos exploratórios de reconhecimento facial pela polícia metropolitana de Londres, que instituiu uma *watchlist* (lista de observação) que buscava milhares de faces de pessoas procuradas em diversos espaços públicos. Entretanto, cerca de 38% das indicações do programa foram julgadas não críveis pelos policiais, mesmo antes da abordagem. E, mesmo com esse filtro, as abordagens realizadas penderam para o erro: cerca de 63% dos indivíduos abordados foram “falsos positivos”: pessoas que não eram as procuradas (Silva, 2022, p. 113).

Aglutinado a essa imprecisão do reconhecimento facial, está a assimetria entre dados coletados e resultados conquistados.

Entretanto, os líderes do estudo, Pete Fussey e Daragh Murray, enfatizam também um problema particular em termos da relação custo-benefício do projeto. Ao comparar o número dos procurados incluídos nas *watchlists* com as abordagens indicadas e realizadas, a disparidade é ainda maior: bases com mais de 2.400 suspeitos geraram apenas oito prisões. Dados proporcionais ainda piores são reportados no Brasil, onde gigantesca infraestrutura de reconhecimento facial foi adotada na Micareta de Feira de Santana, na Bahia, coletando 1,3 milhões de rostos para o cumprimento de apenas 18 mandados (Silva, 2022, p. 113-114).

Levantamento de dados consubstanciado pelo O Panóptico, em 2024, pontua, partindo de recorte metodológico, a não identificação de 32,5% das empresas operantes, “e em 55% dos casos não há informações sobre qual foi o órgão licitante” (Lima *et al.*, 2024, p. 19). Posteriormente, a gravidade da pesquisa é revelada, contendo “cerca de 72,5% dos projetos não fornecem informações sobre o modo de aquisição da tecnologia, e 47,5% não revelam o custo total do projeto” (Lima *et al.*, 2024, p. 19).

Explicitados os gargalos à transparência, os autores listam uma fração considerável do mercado responsável pelo fornecimento da TRF, conforme sinaliza o Quadro 1.

Quadro 1 – Lista de empresas fornecedoras da Tecnologia de Reconhecimento Facial

Brisanet
Consórcio Smart City - CLF - Construtora, Laços Detentores e Eletrônica LTDA, Flama Serviços LTDA, Camerite Sistemas S.A. e PK9 Tecnologia e Serviços LTDA
Consuma Comercial LTDA
Dahua Technology
Digifort
Helper Tecnologia
Ideal Comércio e Serviços LTDA
LB Group
MOPEN MANUTENÇÃO E OPERAÇÃO DE EQUIPAMENTOS
ELETROELETRÔNICOS LTDA
Oi, S/A e Avantia
Protenet
Quasar Tecnologia e Yan Tecnologia
Radium Tecnologia
SISGRAPH LTDA
Tecno-it - Serviços e Comunicação LTDA
TELEQUIPE SERVIÇOS E ALUGUÉIS DE MÁQUINAS, EQUIPAMENTOS E SOFTWARE LTDA
Teltex Tecnologia

Fonte: Lima, 2024, p. 19

Consoante ao denunciado por Eitay Mack (*apud* Loewenstein, 2024), é patente a linguagem hiperbólica das corporações quando estão tratando da efetividade dos seus produtos, alavancando as promessas ao céu com o fito de perpetuar o lucro. Embora o registro de erros seja contumaz, a pesquisa de Lima *et al.* (2024) expõe que não há confirmação ou reconhecimento por nenhum órgão de erros sistemáticos.

Ademais, quanto ao número dos presos pelo reconhecimento facial, a Bahia é destaque neste ramo: total de 1.750 (mil e setecentos e cinquenta) pessoas foram detidas no período de 6 (seis) anos. A característica chamativa é “mais da metade dessas detenções está relacionada

a crimes de menor gravidade, como furtos e inadimplência de pensão alimentícia” (Lima *et al.*, 2024).

2.1 Retrospectiva do embarque nas terras brasileiras

A paranoia de vigilância é catapultada mais intensamente, a níveis mundiais, a partir do marco histórico do 11 de Setembro nos Estados Unidos, que dá ensejo à inauguração da Guerra ao Terrorismo. Consoante o recrudescimento de um arsenal bélico, perceptível foi “o aumento da violência institucional, com propostas de construir um direito penal adequado às características ontológicas do inimigo” (Duarte; Carvalho Netto, 2012, p. 119), forjando uma ubiquidade das tecnologias de controle que guardam correspondência à dimensão preventiva da pena.

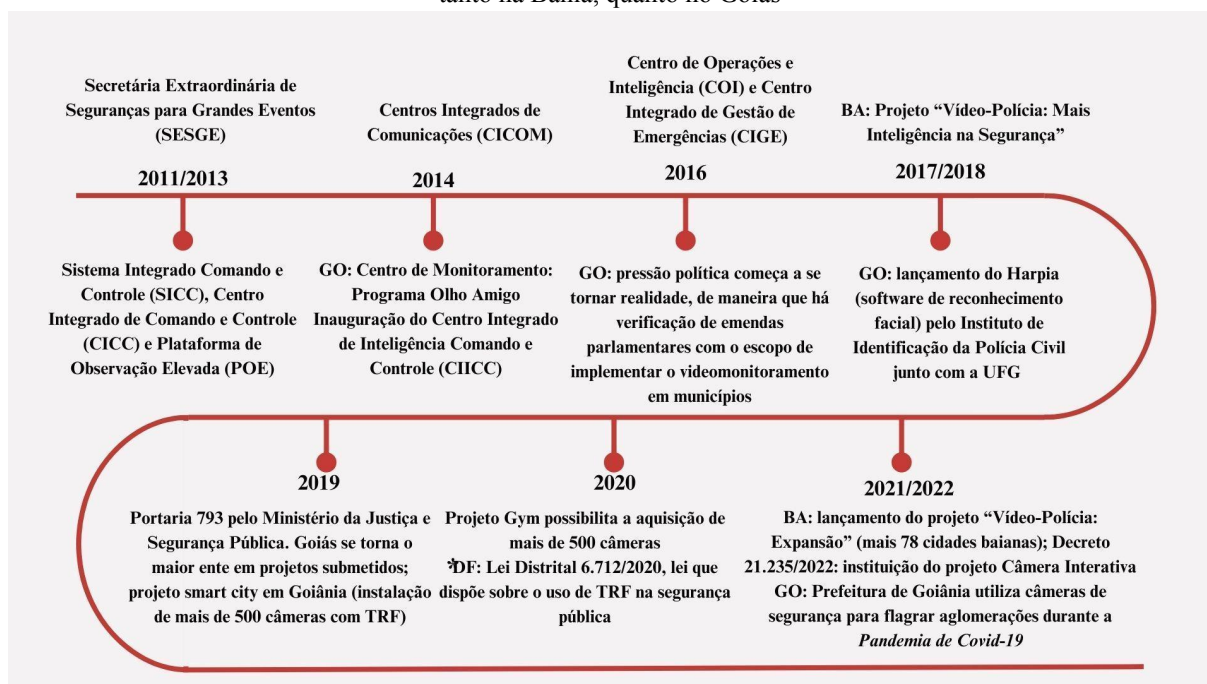
No Brasil, a chegada se dá arranjada pelas mãos de empresas internacionais, as quais influenciam no molde aquisitivo do urbanismo militar brasileiro, efetuando-se o predomínio da exportação de TRF se concentra na China, Estados Unidos, Israel e Reino Unido, porém pesa ignorar a gama de empresas brasileiras que surgem da provocação deste mercado (Reis; Almeida; Silva; Dourado, 2021). No que pese às primeiras iniciativas tímidas, cabe citar a promoção do país como nação de desenvolvimento gerou a atração de grandes eventos, a se ver: Copa das Confederações; Copa do Mundo FIFA; Olimpíadas Rio 2016 (Nunes; Lima; Cruz, 2023, p. 8).

Essa missão de solidificar uma reputação de relevância para o Brasil internacionalmente, acomodou mudanças internas institucionais, como a criação da Secretaria Extraordinária de Segurança para Grandes Eventos (SESGE), aglutinada ao nascimento do Sistema Integrado de Comando e Controle de Segurança Pública para Grandes Eventos (SICC) –, que engloba os Centros Integrados de Comando (CICC) e as Plataformas de Observação Elevada (POE) –, daqui em diante o ar de modernização da engrenagem de segurança pública é explícito (Nunes; Lima; Cruz, 2023, p. 9). Estes megaeventos nutrem a indústria da vigilância, conformando um verdadeiro império das *smart cities*, sendo essencial perceber o alastramento de parcerias público-privadas com este escopo.

Mesmo que o terreno tenha sido preparado com o cenário de eventos de grande porte, o ponto de virada nacional parece ser o da Pandemia de Covid-19, como verdadeiro

catalisador, ora do substrato de discursos que justifiquem a tecnologia a todo custo, ora do apoio governamental fomentando os projetos-pilotos. Acerca desta temporalidade (Figura 1).

Figura 1 – Linha do tempo que mescla os dados obtidos em relatórios de *O Panóptico* quanto ao avanço da TRF tanto na Bahia, quanto no Goiás



Fonte: Elaborado pela autora¹²

Existe sintonia entre o quão restritas são as informações básicas referentes à aquisição, ao ciclo de vida dos dados, às licitações e aos fundos de investimentos de TRFs e a baixa judicialização dessas violações e irregularidades. À medida que as demandas não forem judicializadas, se perpetuará este sinuoso caminho das pedras na obtenção de transparência governamental, por isso o escopo de proposição desta pesquisa reside, também, na reversão deste quadro, a fim de expandir a atuação decisória do Poder Judiciário a respeito da Tecnologia de Reconhecimento Facial.

¹² Baseado em retrospectiva confeccionada a partir dos relatórios *Relatório sobre o uso de tecnologias de reconhecimento facial e câmeras de vigilância pela administração pública no Brasil* (2021), *O sertão vai virar mar: expansão do reconhecimento facial na Bahia* (2023) e *Das planícies ao planalto: como Goiás influenciou a expansão do reconhecimento facial na segurança pública brasileira* (2023).

3 JUDICIALIZAÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRANSPARÊNCIA: REPRESSÃO E RETÓRICA DO INIMIGO

Daqui em diante, será tratado da judicialização da matéria, tendo como protagonistas, na Bahia, o coletivo AqualtuneLab, que se autodescrevem como um “coletivo jurídico com suporte multidisciplinar” (AqualtuneLab, 2020), são opositores das prisões realizadas, por meio do lastro probatório frágil do reconhecimento facial (Almeida; Estellita, 2021). A análise irá recair no Mandado de Segurança n.º 8000691-28.2021.8.05.0000, impetrado pelo advogado Alain Amorim –, julgado improcedente pelo Tribunal de Justiça da Bahia –, e no *Habeas Corpus* n.º 631298/BA (2020/0325153-1) – indeferido liminarmente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) (Bahia, 2021; Brasil, 2020).

Da litigância julgada pelo TJBA e pelo STJ (*apud* Almeida; Estellita, 2021, p. 32), Alain Amorim *versus* Secretário de Segurança Pública do Estado da Bahia, Comandante da Polícia Militar do Estado da Bahia e o Governador do Estado da Bahia (incluindo os embargos de declaração e o agravo interno), os argumentos principais a serem elencados são: (a) questiona a falência do sistema de reconhecimento facial dado a proliferação de falsos-positivos –, sendo estes falsos-positivos correspondentes às pessoas que foram identificadas pelo sistema, porém não foram corretamente reconhecidas –, na Bahia; (b) expõe que os dados biométricos coletados são passíveis de distorção, ensejando uma concretização dos princípios do processo penal às avessas; (c) faz referência à abertura da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/2018), que impõe a necessidade de legislação específica, no que concerne ao tratamento de dados pessoais para fins de segurança pública.

Acerca dos falsos-positivos, a preocupação do impetrante é lastreada nacional e internacionalmente, haja vista as reflexões pautadas por Joy Buolamwini e Timnit Gebru (2018). Nesse panorama, as autoras investigam as taxas de erro mais comumente incidentes no caso da população negra, de jeito que estes índices se infiltram nas questões de gênero e raça, sendo que a estimativa de classificação incorreta para as mulheres negras beira de 61% a 72.4.1%; enquanto homens brancos, 0% a 2.4% (Buolamwini; Gebru, 2018, p. 10).

A metodologia empregada, no texto de Buolamwini e Gebru (2018), é discorrida extensivamente – dentro do próprio artigo –, demonstrando que há um *profiling* com distorções de gênero e raça. A mensuração da exatidão partiu da análise de três algoritmos comercializáveis, integrantes do novo *Pilot Parliaments Benchmark* (Buolamwini; Gebru,

2018, p. 12). Soma-se a isso o fato denunciado no documentário *Coded Bias* (Coded..., 2020), de que os testes da TRF nos Estados Unidos se dão, prioritariamente, em regiões cuja população majoritária é negra e latina. O exemplo traçado pela obra perfura a vivência dos moradores do *Atlantic Plaza Towers (Brooklyn)*, após a instalação da TRF pela empresa *Nelson Management Group*.

Vale esclarecer que as demandas comuns tanto do Mandado de Segurança, quanto do *Habeas Corpus*, foram infrutíferas na arena judicial, de maneira que o Tribunal de Justiça da Bahia – TJBA extinguiu o processo sem resolução de mérito, sustentando a ilegitimidade ativa do impetrante, haja vista sua empreitada em preservar direitos coletivos sem assegurar sua legitimidade para isso. Enquanto isso, o Superior Tribunal de Justiça – STJ indeferiu liminarmente sob fundamento de inexistência de lastro probatório capaz de demonstrar a existência de constrangimento direto e concreto ao direito de ir e vir, o que incapacita a resolução do feito por meio do *Habeas Corpus*. Assim, na jurisprudência citada, nem sequer se abre possibilidade para análise do mérito, sinalizando o afastamento da judicialização em relação ao pleiteado por Amorim.

Dessa forma, a estruturação desta infraestrutura física de vigilância é questionada pela população local, denunciando a mascarada segurança como intrusiva, de forma a pressionar as instituições por respostas. Imprescindível rememorar a abordagem concretizada por Buolamwini e Gebru (2018), responsável por ressaltar que o índice de precisão ser mais elevado na classe dos homens brancos traduz o perfil demográfico dos engenheiros e idealizadores da TRF, sendo estes, esmagadoramente, homens brancos atuantes nos setores de potências geopolíticas.

Digno de nota a necessidade de não restringir o perfil dos líderes da TRF ao bloco internacional de Pequim e de Washington: há o explícito papel do Estado de Israel. Conforme relatórios disponibilizados pela Anistia Internacional – lastreados pela campanha *Ban the Scan* –, somado às obras *Laboratório Palestina* (2024) e *Cidades Sitiadas: o novo urbanismo militar* (2016), é perceptível o impacto da avaliação bélica dos produtos de guerra israelenses, tendo como selo “testado em Gaza e na Cisjordânia” como pressuposto de eficácia.

Tel Aviv estende os tentáculos de seu setor de defesa para além das suas fronteiras a partir do teste interno, tanto que a Anistia Internacional (2024) fixa a tese de existência de um

Apartheid Automatizado, em que são fisicamente sobrejacentes estruturas que impactam a mobilidade e o exercício de cidadania dos palestinos – e, até mesmo, imigrantes considerados indesejados –, de maneira que o mercado da TRF adquire imensa repercussão. Nessa esteira, empresas, como *AnyVision* e *Corsight AI*, estão na dianteira para implementação da tecnologia de reconhecimento facial, de sorte que este interesse mercadológico se destrincha no aspecto economicamente avaliado: “o reconhecimento facial é um setor em crescimento, que deve valer 11,6 bilhões de dólares globalmente até 2026” (Loewenstein, 2024, p. 113).

Além disso, vale ressaltar a implantação da ferramenta de processamento de TRF, em postos de controle da Cisjordânia, denominado *Red Wolf* –, que monitora o ir e vir da população subalternizada –, estando conectado aos bancos de dados *Wolf Pack* e *Blue Wolf* (Loewenstein, 2024). Assim, torna-se explícito o ciclo intrincado e desregulamentado da coleta, processamento e armazenamento de informações biométricas.

A constante mobilização ratificada, sobretudo, pelos movimentos negros no âmbito mundial, surte efeitos de retração do uso da TRF, projetando uma propulsão ora na regulamentação de sua aplicabilidade, ora no seu banimento absoluto, sendo exemplos disso São Francisco, Portland e Oakland (Tecnologia..., 2019).

Deslocando a migração de volta ao território brasileiro, é possível bifurcar conclusões, as quais: a objetividade tecnológica não está imunizada, ao ponto que camufla uma realidade vexatória de discriminações; à revelia das críticas internacionais, a postura governamental ratifica a dispersão da TRF pela extensão geográfica nacional –, em que, internamente a este vetor, há, inclusive, o fenômeno anômalo de municipalização das propostas.

Nos autos do processo, o impetrante qualifica o documentado volume de falsos-positivos concentrado no perfil da população negra e periférica – ou seja, a constatação que os erros notáveis da TRF incidirem nestes corpos marginalizados –, como um regime de *Apartheid* digital, forjando a evasão das fronteiras do inflado Estado Penal. Realçando o risco a partir do uso da tecnologia, como instrumento de expiação para perseguição religiosa e política.

Não foram localizados dados retirados da Administração Pública que confirmem este uso, mas é instigante ressaltar o exemplo relatado pela Deputada Estadual Dani Monteiro (PSOL), no documentário *Sorria, você está sendo vigiado* (2024) –, produzido pela iniciativa Tire Meu Rosto da Sua Mira (2024) –, em que “as vítimas das prisões injustas [...] várias

dessas vítimas tiveram, antes de ter os inquéritos colocados em seu nome, teve alguma interação não amigável com a polícia (*sic*)”. (Sorria..., 2024).

Somado a isso, o contexto global das reivindicações não pode passar despercebido, o crescimento vertiginoso das licitações e doações para usufruto do TRF na aurora da pandemia de Covid-19 revela a ascensão do setor de defesa à medida que se prolifera a crise –, uma tendência internacional deste mercado. Diante disso, põe-se a prova a eficácia e os índices de transparência da tecnologia, além dos seus limites: afinal, inexistente sinalização institucional a respeito do ciclo de vida destes dados e se a captura dos dados é viabilizada para todos os rostos, incluindo crianças e incapazes.

Portanto, os tentáculos da cultura punitivista são capazes de corroer os princípios do processo penal, aliados aos direitos cristalizados constitucionalmente –, como o direito à igualdade, à liberdade de locomoção, à expressão, à associação, à privacidade, não se excluindo desta gama o direito de usufruto da cidade. A Tecnologia de Reconhecimento Facial é uma das expressões deste aparato, de modo que sua implementação no horizonte do policiamento ostensivo nacional enfrenta obscuridades nos três eixos de poder.

A se ver: o Poder Legislativo –, a questionada cláusula aberta da Lei Geral de Proteção de Dados por Alain Amorim reintegra a letargia legiferante, em companhia a isso está a excepcionalidade da Lei Distrital n.º 6.712/2020¹³, única no país que se debruça precariamente na TRF; o Poder Executivo falha em oferecer dados explícitos da aplicabilidade dos recursos estatais onerados para o funcionamento da TRF, uma vez que, mesmo as doações, a completude da execução é dispendiosa para os cofres públicos, tendo sido constatado casos emblemáticos de informações contraditórias por pesquisa do Panóptico (Lima *et al.*, 2024); em resgate, o Poder Judiciário se elucida conforme supracitado.

Quanto à Lei Distrital n.º 6.712/2020, disciplina o prazo de guarda de 5 anos para dados capturados por TRF, devendo ser eliminados do banco de dados após o decurso (parágrafo 2º, do art. 7º), mas omite-se sobre o procedimento a ser utilizado para tratamento destes dados durante o período de tutela pública e como ocorrerá o devido descarte. No que

¹³ A não aplicabilidade da Lei Distrital n.º 6.712/2020 (Distrito Federal..., 2020) aos fundamentos levantados pelos julgados do TJBA e do STJ ocorre devido ao fato de que este marco legislativo está restrito territorialmente ao Distrito Federal, de modo a não se expandir para as demais jurisdições e complexos normativos nacionais.

concerne às preocupações deste artigo, a coluna vertebral da Lei se concentra na permissão de compartilhar as informações do sistema de TRF “com órgãos de segurança de outros entes da Federação, especialmente com os integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública” (art. 7º, *caput*).

Isto posto, recomenda-se grifar os seguintes dizeres jurídicos:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – tecnologia de reconhecimento facial: a tecnologia que **analisa as características faciais usada para a identificação pessoal** exclusiva de indivíduos em imagens estáticas ou em vídeos;

II – vigilância contínua: a utilização de TRF para envolver-se em um esforço contínuo de rastreamento dos movimentos físicos de um indivíduo identificado em um ou mais locais públicos onde esses movimentos ocorrem, **durante um período de tempo superior a 72 horas**, seja em tempo real, seja por meio da aplicação dessa tecnologia para registros históricos.

Art. 3º Fica **vedado o uso de TRF para vigilância contínua de um indivíduo ou grupo de indivíduos**, em qualquer hipótese.

Art. 4º A utilização de TRF na segurança pública é **restrita a equipamentos públicos localizados em espaços públicos**.

Parágrafo único. Nos locais onde houver captação de imagens com TRF, devem ser fixadas placas visíveis contendo a respectiva informação.

Art. 5º Toda e qualquer sinalização de **identificação positiva gerada por sistema de reconhecimento facial deve ser revisada** por um agente público **antes de qualquer ação decorrente**.

Parágrafo único. A identificação positiva gerada pelo sistema **deve ser validada em campo próprio pelo agente público responsável**.

Art. 6º **As informações decorrentes do uso de TRF são dados pessoais sensíveis** cujo tratamento deve ser restrito a seu uso autorizado, respeitada a Lei federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Parágrafo único. **É vedado o tratamento dos dados a que se refere esta Lei por pessoa de direito privado**, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, que devem ser objeto de informe específico à autoridade nacional e devem observar a limitação imposta na legislação nacional.

Como consequência dessas lacunas legislativas e amplo espaço discricionário, os órgãos e os entes contratantes se manifestam de forma vaga quanto ao tema. A exemplo, a Polícia Civil do Amapá emitiu respostas dúbias: uma dizendo não trabalhar com *software* de TRF –, quando solicitados pela Lei de Acesso à Informação (LAI) –, enquanto em seu site contém a notícia do uso da tecnologia para captura de foragidos (Lima *et al.*, 2024, p. 16). Quanto aos valores dos orçamentos dos projetos analisados pelo Panóptico, “a somatória total dos projetos que apresentam dados sobre o custo de operação é de R\$969.375.507,62” (Lima *et al.*, p. 20).

Entretanto, a transparência não é um favor a quem das capacidades estatais, é um dever e compromisso de cada Estado-nação que se firma como democrático. Em suma, “as opções

contra a guerra são diferentes versões da continuidade da mesma guerra” (Duarte; Carvalho Netto, 2012, p. 69), o que retorna ao ponto das conflitantes políticas neoliberais: nota-se a instalação da TRF em municípios nos quais nem sequer há infraestrutura de saneamento básico (Nunes; Lima; Rodrigues, 2023, p. 24), sendo que no município de Ipiranga (GO) a porcentagem de domicílios com acesso à rede de esgoto é de míseros 0,2%.

A proposição da TRF elucida a propagação de uma política repressiva/preventiva que higieniza a violência gráfica tão atrelada ao exercício do policiamento ostensivo, porém não é possível perder de vista que o emprego do TRF, inclusive, tornando-o lastro probatório para inquérito policial, fragiliza a segurança do ordenamento jurídico, de efeito que não oblitera abusos –, apenas os reiteram.

3.1 “É melhor se antecipar”: reconhecido ou confundido?

Penetrar a retórica tecnófila –, sendo esta a que apresenta a falseada neutralidade dos meios tecnológicos para solucionar problemáticas crônicas –, pressupõe-na como desdobramento da industrialização da guerra (Duarte; Carvalho Netto, 2012). Segundo Foucault (2002), a materialização do panóptico dá frutos opostos ao mantra do Estado Democrático de Direito: ocorre a exclusão do inquérito, em seu lugar aparece a figura onipresente do vigiar ininterrupto.

No pêndulo de transição da uma sociedade disciplinar para a neoliberal, promove-se a fertilização da absorção de técnicas apreendidas das experiências passadas, que se transcreve na coexistência entre austeridade voltada à mitigação de garantias essenciais e o inflacionamento do Estado Penal (Wacquant, 2003). Para o TRF, questiona-se os episódios de seu alastramento em espaços que carecem de saneamento básico.

Em 2018, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por meio da Comissão de Proteção de Dados Pessoais, a partir da Portaria n.º 10/2018 – posteriormente culminado em uma Audiência Pública para debater o uso de ferramentas de reconhecimento facial (2019) –, ao pautar investigar sobre a apropriação de dados biométricos, traça o perfil de três empresas distribuidoras da TRF, sendo: a CredDefense; a Certibio - Certisign e o Acesso

Digital. Este é um marco imprescindível que emitiu a possibilidade de debates quanto à atuação empresarial nesse ramo, conduzindo a multiplicação de corporações fornecedoras.

Nesse tópico, vale citar que a empreitada de municipalização do TRF pelo Estado de Goiás, contou com recursos repassados para empresas dignas de nota: a SS2 Tecnologia e a Tecno Marra. Além disso, a municipalização é questionável, visto que a segurança pública é constitucionalmente atribuída aos Estados, não aos municípios, que podem constituir Guardas Municipais (Nunes; Lima; Rodrigues, 2023). Sendo competência dos Estados, inclusive, o policiamento ostensivo (art. 144, da CF/1988).

Desse modo, o vínculo dessas fornecedoras não está limitado aos trâmites licitatórios, afinal os sócios majoritários das duas empresas são advindos de famílias tradicionais goianas, detentores de alta influência regional (Nunes; Lima; Rodrigues, 2023, p. 22). A condução da TRF envolve interesses mercadológicos, de força que este espectro belicoso contamina a totalidade, em que o sintoma é a suspeição generalizada.

Para ilustrar essa seletividade aos olhos das forças de segurança pública, adentrar os casos concretos é indispensável, por isso retoma-se a abordagem policial contra uma pessoa com deficiência (PCD) e a prisão injusta de um idoso na Bahia. Temporalmente, o primeiro caso remonta a setembro de 2019, tendo como alvo um homem de 25 anos que é PCD, o qual, em passeio com sua mãe, foi confundido com um suspeito de assalto. Antes mesmo de as forças policiais oferecerem esclarecimento, um dos policiais mirou a arma direto para a cabeça do jovem que, devido a sua neurodivergência, não seguia as ordens policiais (Palma, 2020).

“Como assim reconhecido? Foi reconhecido ou foi confundido, o que é muito diferente”. A fala da mãe e acompanhante da vítima demonstra a agregada dinâmica do erro da TRF e do constrangimento e abuso de direitos consequentes, sendo que, mesmo se estivesse em fase de testes, não há justificativa jurídica responsável por consolidar este uso contra a população civil. À medida que se inflama o arsenal do discurso punitivista, apura-se a estratégia de ofuscar os imensos riscos, camuflando-os como exceções –, apesar de constantes e vexatórios.

O segundo caso a ser referenciado ocorreu no carnaval de 2024, na ocasião o homem de 60 anos estava trabalhando quando foi detido, somente sendo liberado após ser inocentado pela Defensoria Pública da Bahia. A carga emocional de estresse é relatada pelo senhor: “eu desmoronei, comecei a tremer. Não acreditei no que estava acontecendo. Bebia 18 copos de

água e a sede não passava” (Sena, 2024). Portanto, a ação errônea da TRF engendra ações violadoras por parte do policiamento ostensivo, pairando no exame dos porquês em insistir, institucionalmente, na aplicação de um sistema cuja legitimidade se desfalece a cada transgressão.

Durante o carnaval de Salvador de 2019, das 15.880 faces coletadas pela TRF, apenas 361 rostos foram identificados, tendo uma prisão materializada (Almeida; Estellita, 2021, p. 29). Dentre os princípios da Administração Pública, está a eficiência, a qual jaz comprometida neste quadro, tendo em vista as taxas de dispêndio comparadas com as de resultados –, isto é, se gasta muito para a TRF, sem eficazmente consumir a proposição governamental. Para mais, inverificável é a clareza dos órgãos do Executivo quanto ao processamento, à perfilação, ao armazenamento e ao descarte dos dados biométricos, adicionado a isso está a ausência de informações sobre a natureza das infrações dos aprisionados –, ou seja, se integram uma deliberação de crimes catalogados como mais gravosos ou não.

Ademais, a reprodução de ideologias da guerra fabricou o urbanismo militar (Graham, 2016), no qual o cadáver do risco permanente sempre resta assombrando o imaginário popular destaca este canto da sereia convincente do uso da TRF. Negligenciar o modo de operação que se dá o tratamento destes dados pelo policiamento ostensivo é sinônimo de se alastrar para uma zona de perigo jurídico.

Ratifica-se essa porosidade da aplicação na declarada intenção, alegada por um dos secretários de Segurança Pública da Bahia, de manter os dados para ditas operações consecutivas, utilizando-os para “cumprir o exercício das atribuições legais das forças de segurança pública, para a proteção da vida e da propriedade, prevenção e detecção de crimes e garantia da segurança pública” (*apud* Nunes; Lima; Cruz, 2023, p. 14).

Verifica-se, portanto, a indispensabilidade de regressar para o revés da aplicabilidade da TRF na segurança pública no Brasil: apesar de estarem lapidados os princípios da transparência e da eficiência, essa dispersão é potencializada às custas das violações a direitos constitucionais. Em síntese, persiste a insegurança em torno do questionamento se essa seleção governamental é deliberada ou acidental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por intermédio de uma metodologia centrada em leitura bibliográfica qualitativa, que resvala na análise de dados quantitativos e leitura jurisprudencial, pode-se edificar uma síntese da aplicabilidade da Tecnologia de Reconhecimento Facial no âmbito do policiamento ostensivo brasileiro –, tendo o enfoque direcionado tanto para as sinalizações institucionais –, por meio de portarias, audiências, julgados e informações da Administração Pública –, quanto em direção à forte produção de pesquisadores da sociedade civil.

Estes últimos devem ser reconhecidos pela sua atuação expressiva, a se ver uma parcela: Aqualtune Lab; LAPIN - Laboratório de Políticas Públicas e Internet; O Panóptico e Tire Meu Rosto da Sua Mira (nacionais); *Ban the Scan*, promovido pela Anistia Internacional.

À vista disso, é visível que há mobilidade da insurgência, sobretudo, de jovens negros, os quais constata, via pesquisa, o grau de danosidade passível de se materializar com o uso da TRF pelas forças de segurança pública. É apropriado reforçar o vácuo de esclarecimentos institucionais referente à cadeia de canalização dos dados, o que é reforçado neste relatório mediante casos concretos devidamente noticiados, além de evidenciar a possibilidade de existência de conluíus das onerosas parcerias público-privadas.

Nessa pauta, se localiza a ação de impor o jugo da vigilância sem o teor da violência repressiva propriamente dita, e sim em uma versão dedetizada e tecnológica. Até mesmo a prática de subjugar, é realizada com afastamento.

Em conclusão, a condução do projeto neoliberal está explícita nos pormenores da aplicabilidade da Tecnologia de Reconhecimento Facial, afinal, ao passo que a austeridade ganha fôlego – sendo imensos os cortes orçamentários nas áreas fundamentais, por exemplo, de saúde e educação –, essa política de corte de gastos não se aplica no que tange à aquisição de parafernália punitivas a serem aplicadas na segurança pública nacional. Assim, a força do Estado Penal é alocada internamente à retórica de prevenção/repressão agregada ao discurso tecnófilo (Graham, 2016) –, produzindo um *Apartheid* Automatizado, cujos alvos internos são a população subalternizada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eloísa Machado de; ESTELLITA, Heloisa (org.). **Dados, Privacidade e Perseguição Penal**: cinco estudos. São Paulo: FGV Direito SP, 2021.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Ban the Scan**. It is time to call for an end to technologies of mass surveillance – it is intrusive, oppressive & racist. Sign the petition and call for a ban now. Disponível em: <https://banthescan.amnesty.org>. Acesso em: 25 jul. 2024.

AUDIÊNCIA pública debate uso de ferramentas de reconhecimento facial. **Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios**, Distrito Federal, 16 abr. 2019. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2019/10779-mpdft-audiencia-publica-debate-uso-ferramentas-de-reconhecimento-facial>. Acesso em: 10 jul. 2024.

AQUALTUNELAB. **O Coletivo**. Rio de Janeiro, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://aqualtunelab.com.br/o-coletivo>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Mandado de Segurança Cível nº 8000691-28.2021.8.05.0000**. Impetrante: Alain Amorim. Impetrados: Secretário de Segurança Pública do Estado da Bahia, Comandante Geral da Polícia Militar do Estado da Bahia, Governador do Estado da Bahia. Relator: Des. Maurício Kertzman Szporer. Salvador, 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portaria nº 793, de 24 de outubro de 2019**. Regulamenta o incentivo financeiro das ações do Eixo Enfrentamento à Criminalidade Violenta, no âmbito da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social e do Sistema Único de Segurança Pública, com os recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública, previstos no inciso I do art. 7º da Lei n.º 13.756, de 12 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ensino-e-pesquisa/fundo-a-fundo/portaria-no-793-2019-enfrentamento-a-criminalidade-violenta.pdf/view>. Acesso em: 7 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 631298/BA**. Impetrante: Alain Amorim. Impetrado: Governador do Estado da Bahia, Secretário de Segurança Pública do Estado da Bahia, Comandante da Polícia Militar do Estado da Bahia. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 1 dez. 2020.

BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification. **Proceedings of Machine Learning Research**, v. 81, n. 1, p. 1-15, 2018.

CODED Bias. Direção: Shalini Kantayya. Produção: Shalini Kantayya. Estados Unidos: 7th Empire Media, 2020. Disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/81328723>. Acesso em: 7 mai. 2024.

DISTRITO FEDERAL. **Lei Distrital n.º 6.712, de 10 de novembro de 2020**. Dispõe sobre o uso de tecnologia de reconhecimento facial – TRF na segurança pública e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Diario/51fd155c-de43-3918-b70f-f6570147b6e8/DODF%20213%2011-11-2020%20INTEGRA.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2024.

DUARTE, Evandro Piza; CARVALHO NETTO, Menelick de. A Cidade da Guerra e a Repressão Humanitária: as Fantasia de Katsuhiko Otomo sobre a Cidade Fortaleza. In: ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza (org.). **Criminologia & Cinema: Perspectivas sobre o Controle Social**. Brasília: UniCEUB, 2012. p. 67-129.

DWOSKIN, Elizabeth. Israel escalates surveillance of Palestinians with facial recognition program in the West Bank. **Washington Post**, 8 nov. 2021. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/world/middle_east/israel-palestinians-surveillance-facial-recognition/2021/11/05/3787bf42-26b2-11ec-8739-5cb6aba30a30_story.html. Acesso em: 5 jun. 2024.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

GATES, Kelly. **Our Biometric Future: Facial Recognition Technology and the Culture of Surveillance**. New York: New York University, 2011.

GOMES, Sheley; MOURA, Iara. Os riscos do Reconhecimento Facial no Brasil. **Outras Mídias**, Rio de Janeiro, 26 agosto 2024. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/os-riscos-do-reconhecimento-facial-no-brasil>. Acesso em: 23 nov. 2024.

GRAHAM, Stephen. **Cidades Sitiadas: o novo urbanismo militar**. 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

LIMA, Thallita *et al.* **Vigilância por lentes opacas: mapeamento da transparência e responsabilização nos projetos de reconhecimento facial no Brasil**. Rio de Janeiro: CESeC, 2024.

LOEWENSTEIN, Antony. **Laboratório Palestina: como Israel exporta tecnologia de ocupação para o mundo**. São Paulo: Elefante, 2024.

MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. **A cidade inteligente: tecnologias urbanas e democracia**. São Paulo: Ubu Editora, 2019.

NUNES, Pablo. Levantamento revela que 90,5% dos presos por monitoramento facial no Brasil são negros. **The Intercept Brasil**, 21 nov. 2019. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/artigo/levantamento-revela-que-905-dos-presos-por-monitoramento-facial-no-brasil-sao-negros/>. Acesso em: 1 dez. 2023.

NUNES, Pablo; SILVA, Mariah Rafaela; OLIVEIRA, Samuel R. de. **Um Rio de olhos seletivos: uso de reconhecimento facial pela polícia fluminense**. Rio de Janeiro: CESeC, 2022.

NUNES, Pablo; LIMA, Thallita; CRUZ, Thais. **O sertão vai virar mar**: expansão do reconhecimento facial na Bahia. Rio de Janeiro: CESeC, 2023.

NUNES, Pablo; LIMA, Thallita; RODRIGUES, Yasmin. **Das planícies ao planalto**: como Goiás influenciou a expansão do reconhecimento facial na segurança pública brasileira. Rio de Janeiro: CESeC, 2023.

O PANÓPTICO: monitor de novas tecnologias na segurança pública do Brasil. [S. l.], 6 set. 2024. Disponível em: <https://www.opanoptico.com.br/#regioes>. Acesso em: 1 set. 2024.

PALMA, Amanda. ‘O policial já foi com a arma na cabeça dele’, diz mãe de rapaz confundido por reconhecimento facial. **Correio**, Bahia, 5 jan. 2020. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/entre/o-policial-ja-foi-com-a-arma-na-cabeca-dele-diz-mae-de-rapaz-confundido-por-reconhecimento-facial-0120>. Acesso em: 7 mai. 2024.

REBELLO, Aiuri. Cidades sem esgoto, mas com reconhecimento facial. **Intercept Brasil**, Goiás, 5 abril 2023. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2023/04/05/delegado-waldir-torrou-r-30-milhoes-em-reconhecimento-facial-para-cidades-que-sequer-tem-saneamento-em-goias>. Acesso em: 2 jan. 2024.

REIS, Carolina; ALMEIDA, Eduarda; SILVA, Felipe da; DOURADO, Fernando. **Relatório sobre o uso de tecnologias de reconhecimento facial e câmeras de vigilância pela administração pública no Brasil**. Brasília: Laboratório de Políticas Públicas e Internet, 2021.

SENA, Ailton. Idoso preso injustamente no carnaval é colocado em liberdade pela Defensoria da Bahia. **Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos**, Salvador, 21 fev. 2024. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=56592>. Acesso em: 7 mai. 2024.

SILVA, Tarcízio da. Visão Computacional e Racismo Algorítmico: branquitude e opacidade no aprendizado de máquina. **Revista da ABPN**, v. 12, n. 31, fev. 2020, p. 428-448.

SILVA, Tarcízio da. **Racismo Algorítmico**: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais. 1. ed. São Paulo: Editora Sesc, 2022.

SISTEMA de Reconhecimento Facial da SSP ultrapassa a marca de 900 prisões em 2024. **Folha do Estado da Bahia**, 4 dez. 2024. Segurança. Disponível em: <https://www.jornalfolhadoestado.com/seguranca/sistema-de-reconhecimento-facial-da-ssp-ultrapassa-a-marca-de-900-prisoas-em-2024>. Acesso em: 11 dez. 2024.

SORRIA, você está sendo vigiado. Direção: Maria Rita Nepomuceno. Produção: The Research Council of Norway; Departamento de História da UFF; RioByte. [S. l.: s. n.], 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZUqWAXgqZmM&list=LL&index=5>. Acesso em: 21 jun. 2024.

TECNOLOGIA de reconhecimento facial apresenta viés e imprecisão, aponta estudo do governo dos EUA. **G1**, 20 dez. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/12/20/tecnologia-de-reconhecimento-facial-apresenta-vies-e-imprecisao-aponta-estudo-do-governo-dos-eua.ghtml>. Acesso em: 10 jun. 2024.

TIRE MEU ROSTO DA SUA MIRA. Pelo Banimento Total das Tecnologias Digitais de Reconhecimento Facial na Segurança Pública. Mobilização da sociedade civil pelo banimento total do uso das tecnologias digitais de reconhecimento facial na segurança pública no Brasil. Disponível em: <https://tiremeurostodasuamira.org.br>. Acesso em: 20 jul. 2024.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres:** a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WANG, Jackie. **Capitalismo carcerário.** Tradução de Bruno Xavier. 1. ed. São Paulo: Igra Kniga, 2022.

WITZEL vai a Israel conhecer drones atiram e tecnologia de reconhecimento facial. **G1**, Rio de Janeiro, 4 dez. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/12/04/witzel-vai-a-israel-conhecer-drones-que-atiram-e-tecnologia-de-reconhecimento-facial.ghtml>. Acesso em: 30 jul. 2024.

**A PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE:
DISPARIDADES NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO CIVIL E FISCAL**
*THE PRESUMPTION OF GOOD FAITH OF THE THIRD-PARTY PURCHASER:
DISPARITIES IN CIVIL AND TAX ENFORCEMENT PROCEEDINGS*

Francieli Zaltron da Rosa¹

¹ Graduanda em Direito na Universidade La Salle (Unilasalle).

RESUMO

Este trabalho busca analisar a aplicação da presunção da boa-fé do terceiro adquirente de bens no processo de execução. Em específico sobre as disparidades do tema quando comparado o posicionamento jurisprudencial aplicado ao processo de execução civil e ao processo de execução fiscal. A problemática advém quando o instituto da boa-fé não é aplicado ao terceiro adquirente de bens no processo de execução fiscal, sendo considerada — conforme o artigo 185 do CTN, com modificação de Lei Complementar n. 118/2005 —, a presunção de fraude e de absoluta má-fé do terceiro adquirente de bens, respaldado no fundamento da inscrição do devedor em dívida ativa, logo invalidando a aquisição do bem ainda que não houvesse registro de penhora. Não obstante, tal posicionamento vai em desacordo ao enunciado da Súmula 375, editada pelo STJ, na qual versa que nas execuções civis a presunção da boa-fé do terceiro adquirente de bens é reconhecida e cabe ao exequente comprovar a má-fé. Ou seja, o adquirente que desconhece da existência de penhora sobre o bem adquirido, considerando que não tenha averbação na matrícula do imóvel, presume-se a boa-fé. Para tanto, será utilizado o método comparativo identificando os precedentes relevantes e suas semelhanças e diferenças. Por conseguinte, este estudo analisa os fundamentos para tal divergência com intuito de demonstrar a importância de ressaltar o terceiro adquirente de boa-fé, uma vez que resultam em uma instabilidade na segurança jurídica e até mesmo uma violação ao direito do contraditório.

PALAVRAS-CHAVE

Fraude — Execução — Presunção — Boa-fé — Adquirente.

SUMÁRIO

Introdução. 1 Processo de execução. 1.1 Noções gerais. 1.2 Ação de execução civil. 1.3 Princípios fundamentais da execução. 1.4 Títulos executivos. 1.5 Do inadimplemento e da responsabilidade patrimonial. 1.6 Ação de execução fiscal. 2 Fraude à execução. 3 Da presunção da boa-fé. 3.1 Definição da presunção da boa-fé. 3.1.1 Da proteção do terceiro adquirente de boa-fé. 3.1.2 Do ônus de provar má-fé do terceiro adquirente. 3.2 Proteção do terceiro adquirente de boa-fé decorrentes de transições inválidas. 4 Da inaplicabilidade da presunção da boa-fé ao terceiro adquirente no processo de execução fiscal. 4.1 Da fraude à execução fiscal. 4.2 Da fraude à execução fiscal: presunção absoluta de má-fé do terceiro adquirente. 4.3 Da disparidade e tratamento em benefício da Fazenda Pública na execução fiscal. Considerações finais. Referências.

REFERÊNCIA: ROSA, Francieli Zaltron da. A presunção de boa-fé do terceiro adquirente: disparidades nos processos de execução civil e fiscal. **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 92-117, ago. 2025.

ABSTRACT

This work seeks to analyze the application of the presumption of good faith of the third-party acquiring goods in the execution process. Specifically, about the disparities of the topic when comparing the jurisprudential positioning applied to the civil enforcement process and the tax enforcement process. The problem arises when the institute of good faith is not applied to the third party purchasing goods in the tax enforcement process, being considered — according to article 185 of the CTN, with modification of complementary law no. 118/2005 —, the presumption of fraud and absolute bad faith on the part of the third party purchasing the goods, supported by the basis of the debtor's registration in active debt, thus invalidating the acquisition of the goods even if there was no record of attachment. However, this position is at odds with the statement of Summary 375, published by the STJ, which states that in civil executions the presumption of good faith on the part of the third-party acquiring assets is recognized and it is up to the judgment creditor to prove bad faith. In other words, the purchaser who is unaware of the existence of a lien on the acquired asset, considering that it is not registered in the property registration, is presumed to be in good faith. Therefore, this study analyzes the grounds for such divergence in order to demonstrate the importance of rescuing the third-party acquirer in good faith, as they result in instability in legal certainty and even a violation of the right to adversarial proceedings.

KEYWORDS

Fraud — Execution — Presumption — Good faith — Acquirer.

INTRODUÇÃO

Este trabalho se debruça sobre a aplicação da presunção da boa-fé na execução, tendo como apreciação principal a discrepância da proteção do terceiro adquirente de boa-fé no processo de execução civil em face do tratamento destinado à Fazenda Pública. A presunção da boa-fé “é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova” (Brasil, 2014b).

Ao analisar o processo de execução e a presunção da boa-fé, identifica-se o papel indispensável para garantir a segurança jurídica nas relações jurídicas. Conjecturando, este entendimento é utilizado como balizador do poder público, o qual deve sempre se posicionar pelo interesse da sociedade. Outrossim, quando analisado o tratamento na esfera do processo de execução civil e de execução fiscal, notam-se inúmeras complexidades que geram incertezas.

Adentrando mais sobre o tema da aplicabilidade do enunciado da Súmula 375 do STJ, que trata da presunção da boa-fé ao terceiro adquirente, cabe ao exequente o ônus de demonstrar a má-fé do terceiro adquirente. Contudo, identifica-se que no julgamento do Recurso Especial 1.141.990/PR, foi consolidado o entendimento da inaplicabilidade do enunciado da súmula acima citada, por meio do artigo 185 do CTN, e reconhecida a presunção da absoluta má-fé do terceiro adquirente de bens no processo de execução fiscal.

Assim, a presente pesquisa visa a realizar uma análise das disparidades existentes em tais entendimentos com o objetivo de compreender melhor seus desencontros e identificar as respectivas consequências no âmbito jurídico, bem como sinalizar acerca da possível evolução no tratamento da questão do terceiro adquirente.

1 PROCESSO DE EXECUÇÃO

Nesta seção do estudo, explana-se, brevemente, sobre as noções gerais referentes ao processo de execução, cuja finalidade é a satisfação do crédito do credor, observados os princípios e respectivos requisitos.

1.1 Noções gerais

O processo de execução busca a satisfação de um direito violado ou ameaçado, origina-se do Direito Romano, em um período em que as regras do Direito Processual Civil eram desfavoráveis aos devedores, com decisões totalmente autoritárias e arbitrárias. Sobre isso, Araken de Assis afirma: “Três terapias são concebíveis para extinguir litígios: (a) a autotutela; (b) a autocomposição; e (c) a heterocomposição” (2018, p. 80).

Tendo como método inicial de resolução de conflitos, no sistema da autotutela, o que nada mais é que a justiça com as próprias mãos, aplica-se a execução corporal com imposições de sacrifícios desumanos. Na sequência, a autocomposição seria um meio em que a convergência da vontade dos litigantes, ou seja, a resolução por um meio consensual.

Por fim, surge o sistema da heterocomposição. Este sistema implementou uma solução “autoritária”, que tem como objetivo a resolução dos conflitos, principalmente por meio da obrigatoriedade e da proibição da autotutela. Desse modo, o Estado passa a instituir órgãos para a resolução de conflitos por meio de soluções autoritárias. Tais serviços são designados como jurisdição ou tutela jurisdicional. Segundo Araken de Assis (2018, p. 80), jurisdição é “poder do Estado destinado a eliminar conflitos”.

Hodiernamente, no direito brasileiro, a função jurisdicional compete ao Estado mediante o desempenho de atividades pelo magistrado, como integrante do Poder Judiciário. Destarte, a figura do juiz visa o reconhecimento e a proteção de direitos, interesses jurídicos e sua efetivação na realização concreta da vida cotidiana. Tal tutela divide-se em outras três funções: função cognitiva, função executiva e função cautelar.

A função cognitiva está presente no processo de conhecimento, onde se prepondera o cunho declaratório por meio da apreciação das razões de fato e de direito das partes pelo juízo. Sua finalidade é a busca pela certeza quanto a existência de um direito, a fim de eliminar o conflito. Por sua vez, a função executiva opera no mundo dos fatos, visto que, enquanto o processo de conhecimento traduz os fatos em direito, o processo executivo faz exatamente o contrário por meio de atos e providências jurídicas na prática concreta. Por fim, a função cautelar diz respeito à natureza provisória e reversível, passível de alteração dependendo do provimento confirmatório ou não do juízo.

Dessa maneira, a tutela jurisdicional será aplicada à sua respectiva função de competência. Ademais, o processo de conhecimento se baseia na análise do mérito, o qual se

trata do objeto de litígio do processo. Assim sendo, a resolução do mérito ocorrerá mediante a função cognitiva do juiz, que tem por objetivo reconhecer o direito, identificar e certificar o interesse jurídico por meio de uma sentença de mérito declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*. Outrossim, o processo de execução objetiva realizar, implementar e efetivar os direitos reconhecidos que foram violados ou agredidos.

Expostas tais noções gerais, cumpre discorrer acerca da execução civil e da execução fiscal para adentrar na temática proposta, ou seja, quanto à discrepância acerca do tratamento adotado quando adquirente de boa-fé nos processos de execução.

1.2 Ação de execução civil

Os juristas Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015) afirmam que a execução pode surgir da violação de um direito sem que haja uma pretensão devida, pois há um direito de pretensão. Portanto, pode-se constatar, em suma, que a execução tem objetivo de assegurar a realização de uma prestação que foi violada ou agredida. Deste modo, a execução é uma ação autônoma embasada no título executivo correspondente, o qual poderá ser um título executivo judicial ou extrajudicial.

No que concerne à execução de título judicial, esta será realizada sempre que houver um direito reconhecido judicialmente e demande uma efetivação que será realizada em um ato prático posterior. Essa execução será realizada com um título executivo judicial que deriva de um pronunciamento judicial, ou seja, de uma decisão. Os títulos executivos judiciais estão previstos no artigo 515 do Código de Processo Civil.

Já na execução de título executivo extrajudicial, a executividade decorre de uma autorização legal, conforme previsto no artigo 784 do Código de Processo Civil.

Trata-se de um rol taxativo, ou seja, os títulos executivos extrajudiciais estão delimitados na lei.

Portanto, a execução civil é lastreada em título executivo judicial ou extrajudicial.

1.3 Princípios fundamentais da execução

Antes de abordar o processo de execução fiscal, é necessário expor acerca de alguns dos princípios fundamentais da execução. Com efeito, entre estes, o princípio da autonomia é claramente explicado por Araken de Assis: “Como corolário da especificidade da própria função executiva, crucial se ostenta a autonomia da execução, agora compreendida no sentido funcional. Ela constitui entre a parte das funções de cognição e cautelar.” (2018, p. 119). Dessarte, pode-se analisar tal princípio de dois possíveis posicionamentos em relação a parte funcional no que tange aos objetos e a finalidades da execução, sendo a expropriação de patrimônio do devedor e a satisfação. É um olhar estrutural referente à localização do processo de execução no sistema processual, ou seja, previsto legalmente autônomo em face dos processos de conhecimento e cautelar que discutem sobre a função de cognição.

Ademais, o princípio do título é o balizador da execução, sendo fundamental sua importância como afirma Araken de Assis: “Dessa maneira, a pretensão a executar sempre se baseará no título executivo. Célebre metáfora ao título designou de bilhete de ingresso, ostentando pelo credor para acudir ao procedimento *in executivis*.” (2018, p. 122). Este princípio é assegurado no artigo 783 do CPC: “A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.” Conjuntamente a este entendimento, o Código de Processo Civil estabelece a pena de nulidade com base no princípio *nulla executio sine titulo*, previsto no artigo 803, inc. I, do CPC: “É nula a execução se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível.”

O objetivo da execução é expropriar o patrimônio do devedor. O que é evidente a partir da leitura do regramento do artigo 789 do CPC: “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.” Assim, este dispositivo legal contempla a fundamentação exata do princípio da responsabilidade patrimonial. De mais a mais, segundo o jurista Cândido Rangel Dinamarco (2019, p. 36), a execução “consiste na determinação dos bens que são suscetíveis de serem atingidos pelas medidas executivas”. Nesse sentido, Pinho (2017, p. 909) afirma: “de acordo com as lições clássicas do direito obrigacional, aquele que tem o débito responderá com seu patrimônio para o cumprimento da obrigação”.

Logo, toda execução busca a satisfação do credor, ou seja, a execução tramita no interesse do credor e, sendo assim, o juiz fará o máximo pela satisfação do credor, como

previsto no artigo 797 do CPC: “Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.”

Considerando que o processo de execução visa o interesse do credor, garante-se a este, ainda, o direito de dispor da execução. De modo geral, o credor pode desistir da execução a qualquer tempo. O artigo 775, *caput*, do CPC estabelece: “O exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva.” Por conseguinte, são ineficazes objeções do devedor à desistência do exequente.

Por fim, um dos princípios mais relevantes é a adequação, o qual diz respeito ao meio executório utilizado para a satisfação do credor. Ou seja, busca-se a legitimidade dos meios executórios utilizados com base em sua necessidade para satisfação do crédito. Este princípio apresenta um “subprincípio” que é o de “menor onerosidade”, previsto no artigo 850 do CPC.

Em síntese, a execução deve ocorrer de forma menos onerosa e gravosa possível ao devedor. Buscando a satisfação do crédito do credor.

Estes, em breve exposição, são os princípios que balizam o processo de execução.

1.4 Títulos executivos

Consoante exposto, é indubitável afirmar que não existe execução sem título executivo. O título é um documento que a legislação atribui eficácia executiva. Sendo assim, uma prova de que o devedor não cumpriu espontaneamente uma obrigação, seja através de um título extrajudicial ou de uma decisão (título judicial).

Nos termos do que dispõe o artigo 783 do CPC, que trata sobre os títulos executivos, “A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.” Nesse dispositivo legal pode-se perceber que o documento necessita de três elementos para constituir um título: a certeza, a liquidez e a exigibilidade.

A certeza é a simples explicação da natureza do direito prevista nele. Segundo a lição de Pontes de Miranda (2016, p. 400-401), “A certeza, que o juiz, é a da existência da obrigação, diante apenas do título, e não só dos pressupostos formais do título executivo”. Isto

é, a certeza é a clareza de identificação de quem é o credor e o devedor. Já a liquidez do título, nas palavras de Araken Assis (2018, p. 195), “importa expressa determinação do objeto da obrigação”. Assim, constando no título o valor expresso da obrigação, haverá liquidez. Não obstante, a liquidez é a identificação da prestação do título que foi inadimplida. A exigibilidade do título é o termo de vencimento, o dever de prestar. Por esta razão carece qualquer prova, pois nada pode refutar a exigibilidade de uma prestação recíproca e simultânea.

Congruente à citação anterior, os títulos executivos se dividem em duas espécies: título executivo judicial e título executivo extrajudicial. Os títulos executivos judiciais estão previstos no artigo 515 do CPC. Trata-se de um rol de decisões que permitem o ingressar com a atividade executiva, possuindo a imposição de um dever jurídico de dar/restituir, fazer e não fazer. Veja-se o disposto no inc. I do artigo 515 do CPC: “as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa” (trata-se de uma decisão judicial que reconhece um dever de realizar uma prestação). Já os incs. II e III contemplam “a decisão homologatória de autocomposição judicial, e a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza” (dizem respeito a um acordo ou conciliação independentemente da existência do litígio que versa sobre uma relação jurídica que caso descumprida poderá ser executada imediatamente). O inc. V estabelece que: “o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial” (são decisões que apresentam o crédito devido aos servidores da justiça em razão de despesas realizadas). O inc. VI menciona “a sentença penal condenatória transitada em julgado” (trata-se de uma sentença condenatória que apresenta reflexo no âmbito civil de reparar o dano pelo delito praticado). O inc. VII refere-se à sentença arbitral. O inc. VIII indica contempla a “a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça”. Todos são títulos executivos judiciais.

Os títulos executivos extrajudiciais são os documentos que possuem autorização legal para terem força executiva, todos previstos no rol taxativo disposto no artigo 784 do CPC:

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

- I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;
- II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;
- III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

- IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;
- V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução;
- VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte;
- VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio;
- VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;
- IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;
- X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;
- XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;
- XI-A - o contrato de contragarantia ou qualquer outro instrumento que materialize o direito de ressarcimento da seguradora contra tomadores de seguro-garantia e seus garantidores;
- XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

Os documentos listados no inc. I são títulos créditos e títulos executivos por excelência, pois apresentam de forma clara o princípio da abstração e de forma direta uma relação obrigacional. Os demais documentos, nada obstante a natureza jurídica distinta de título de crédito, também são, por força da lei, títulos executivos extrajudiciais.

1.5 Do inadimplemento e da responsabilidade patrimonial

Sem o descumprimento da obrigação não há execução. Trata-se, pois, de um requisito para o manejo de uma demanda indenizatória. Logo, haverá inadimplemento sempre que o devedor não cumprir a obrigação de forma voluntária ou não. Dessa forma, configura-se a sua exigibilidade (artigo 798, inc. I, alínea *d*, do CPC):

A prova, se for o caso, de que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação senão mediante a contraprestação do exequente.

No inadimplemento da obrigação, o devedor deixa de cumprir com a obrigação e não satisfaz a respectiva prestação a qual era obrigado, o que resulta em “atraso” e, por conseguinte, na comprovação da exigibilidade do crédito. Ademais, importa destacar também,

a existência do inadimplemento mínimo, ou seja, quando a obrigação for mais cumprida do que descumprida. Este cenário pode evitar a tomada de medidas mais drásticas em face do executado, haja vista ter cumprido em parte a prestação (Theodoro Júnior, 2009, p. 111).

Com a configuração do inadimplemento da prestação, o patrimônio do devedor se torna a garantia da execução na busca da satisfação do crédito do credor. Assim, a responsabilidade patrimonial, compreendida através do artigo 789 do Código de Processo Civil, estabelece que: “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.” Sendo assim, o dispositivo além de abranger todos os bens do devedor, atinge, inclusive, os bens futuros.

Desta conceituação é de suma importância compreender a diferenciação de obrigação e responsabilidade. A obrigação é sobre uma prestação de fazer, não fazer ou dar/restituir. Por outro lado, a responsabilidade está relacionada às consequências para o patrimônio do devedor em razão do não cumprimento da prestação no prazo ajustado. Portanto, a responsabilidade poderá se estender ao terceiro que nem possuía relação obrigacional. Congruente a este entendimento, a responsabilidade divide-se em duas: primária e secundária.

A responsabilidade primária é aquela que incide exclusivamente quanto aos bens do devedor obrigado, consoante disposto nos artigos 789 e 790, incs. I, V, VI, do CPC:

Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;

.....
V - alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução;

VI - cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores.

Desta maneira, nos casos de responsabilidade primária, são os bens do devedor, presentes e futuros, inclusive em poder de terceiros, que fazem frente ao débito. Isso porque o devedor responde com todos os seus bens, salvo os que tiverem restrições legais. Os bens do sucessor a título singular, quando houver execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória (casos em que há uma execução em curso e a coisa a ser entregue seja transferida a outrem por meio de uma sucessão), a responsabilidade acompanhará o bem. Por fim, bens alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução, nada mais são que os casos em que os bens pertencentes ao devedor foram alienados em fraude à execução.

No tocante à responsabilidade secundária, esta invade sobre os bens de terceiros que não fazem parte da relação obrigacional. Nestes casos, a responsabilidade patrimonial ultrapassa a figura do devedor obrigado. Deste modo, deve-se atentar sobre duas situações específicas: no que concerne aos bens do cônjuge alheio à execução e aos bens de sócio da pessoa jurídica.

Conforme previsto no artigo 790, inc. IV, CPC, estão sujeitos à execução os bens “do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida”, referindo-se o inciso aos bens do cônjuge ou companheiro alheio à execução, sendo de absoluta importância conhecer o regime de bens do casal. Uma vez sendo o regime de comunhão parcial, os bens próprios respondem pelas próprias dívidas. Ademais, nos casos de dívidas contraídas anteriormente ao casamento ou união estável, os bens comuns não responderão pelas dívidas. Nesse cenário, somente o cônjuge que é devedor originário responderá pela obrigação, não existindo, portanto, solidariedade patrimonial. Já nos casos de regime de comunhão universal, os bens próprios respondem pelas próprias dívidas. Destarte, os bens comuns respondem pelas dívidas anteriores ou posteriores ao casamento de ambos os cônjuges. Por fim, quando o regime for de separação total, os bens próprios respondem pelas próprias dívidas.

Ainda sobre a responsabilidade patrimonial, destaca-se que os bens do sócio de pessoa jurídica podem fazer frente às dívidas, como previsto no artigo 790, inc. II, do CPC. Assim, diante da responsabilidade patrimonial, de modo geral, o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, porém, em casos de pessoas jurídicas, a responsabilidade poderá se estender aos bens dos sócios. Nestes casos, a responsabilidade surge como uma sanção por um ato excessivo realizado pelo sócio.

Salienta-se que o direito material aponta maneiras de punir o abuso de poder praticado pelo sócio da pessoa jurídica. Um dos meios mais eficazes é a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, medida que afasta a autonomia da pessoa jurídica e atinge o patrimônio do sócio (artigo 50 do CC). Tendo como requisitos para desconsideração, o abuso da personalidade jurídica e prejuízo ao credor.

Além disso, há casos em que o sócio poderá alegar o benefício de ordem, de forma que os bens próprios da pessoa jurídica sejam atingidos antes dos bens dos sócios, conforme

previsão legal do artigo 795, § 1º, do CPC, que diz: “O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam excutidos os bens da sociedade.”

Ademais, os herdeiros e o espólio também respondem patrimonialmente. Dessa maneira, ocorrendo a partilha de bens, cada herdeiro responde pelo proporcional ao seu quinhão em relação a dívida, consoante o artigo 796 do CPC, que estabelece: “O espólio responde pelas dívidas do falecido, mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube”.

Sem embargo, na responsabilidade patrimonial há limitações, principalmente aos bens impenhoráveis. Segundo a previsão legal do artigo 832 do CPC, que dispõe que: “Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.” Paralelamente, o artigo 833 do CPC apresenta um rol de bens impenhoráveis, como, por exemplo, o disposto no inc. I deste dispositivo legal: “os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;”. Com o objetivo de compreender melhor a inalienabilidade, o jurista Daniel Amorim Assumpção Neves leciona:

A inalienabilidade pode ser tanto direta, quando proveniente da lei, como ocorre com os bens fora de comércio e os bens públicos, como indireta, quando decorrente de um acordo de vontades entre as partes e eficaz perante terceiros, como ocorre com os bens doados ou alienados com cláusula de inalienabilidade, comuns em testamentos (2018, p. 866).

Esse entendimento se encontra com uma reflexão muito clara do autor Araken de Assis (2018, p. 303), que diz que “todo bem inalienável se mostra impenhorável; nem todo bem impenhorável, entretanto é inalienável”.

Ressaltando os bens impenhoráveis, cita-se o artigo 833 do CPC:

Art. 833. São impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;
- V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
- VI - o seguro de vida;

- VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
- VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
- IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
- X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
- XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;
- XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

Contudo, há um ponto notório sobre a impenhorabilidade, a qual protege expressamente os bens de família. Trata-se de uma limitação imposta pelo ordenamento jurídico visando a proteção do bem de família resultando em muitos casos de não sujeição à execução, de acordo com o disciplinado na Lei n. 8.009/1990:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.
Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Ademais, conjuntamente com a aplicação do enunciado da Súmula 486 do STJ: “É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.” (Brasil, 2012).

Com mais limitações para penhora de bens separando em classes, Araken de Assis (2018, p. 303) aponta que “a impenhorabilidade se tornou relativa”. Contudo, pode-se concluir com o exposto que, se o bem imóvel for o único utilizado pela entidade familiar, há fundamento para impenhorabilidade lastreado na proteção ao bem de família, em busca da garantir a própria dignidade do executado.

Exposto acerca da responsabilidade patrimonial, cumpre discorrer sobre a ação de execução fiscal.

1.6 Ação de execução fiscal

As execuções fiscais são regidas pela Lei n. 6.830/1980, conhecida como Lei de Execução Fiscal (LEF), que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

O artigo 1º da LEF diz: “A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.” Portanto, a execução fiscal é um processo no qual a Fazenda Pública requer que seus contribuintes inadimplentes paguem o crédito devido. Dessa forma, a diferenciação entre crédito tributário ou não tributário é de extrema relevância, uma vez que alguns dispositivos da Lei de Execução Fiscal são inaplicáveis aos créditos de natureza tributária, devendo prevalecer as normas gerais de direito tributário previstas no CTN, que estão sob reserva de lei complementar.

No processo de execução fiscal, o título balizador é a Certidão de Dívida Ativa (CDA), como previsto pelo artigo 784, inc. IX, do CPC. Ademais, os requisitos para a inscrição em dívida ativa estão dispostos no artigo 20, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que: “A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.” Este título apresenta exigibilidade, certeza e liquidez, sendo a finalidade da inscrição de dívida ativa uma possível execução caso não seja adimplida pelo devedor.

Por conseguinte, as consequências ao devedor serão voltadas totalmente sobre seu patrimônio, como a restrição de crédito, penhora de bens, protesto da dívida e indisponibilidade de bens. Entretanto, ressalva-se, apenas, os bens de família que são impenhoráveis, de acordo com o disposto na Lei n. 8.009/1990, considerando que o objetivo do processo de execução fiscal é a satisfação da Fazenda Pública.

2 FRAUDE À EXECUÇÃO

É indubitável que há uma grande questão entre a responsabilidade patrimonial e a fraude à execução. A regra geral disposta no artigo 789 do CPC aponta que as consequências do inadimplemento deveriam incidir somente sobre os bens do devedor. Entretanto, em

algumas oportunidades, os bens passíveis de execução são alienados para terceiros, buscando a insatisfação do credor.

Não obstante, é de suma importância ressaltar que toda execução sempre será pautada na boa-fé, como pode-se concluir da análise do artigo 164 do Código Civil, o qual disciplina que “presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família”. Assim sendo, há duas modalidades de fraude: fraude contra credores, conforme os artigos 158 a 165 do Código Civil, e a fraude à execução, prevista no artigo 792 do CPC.

Com relação à fraude contra credores, esta refere-se a uma alienação fraudulenta levando o devedor à insolvência ou agravando seu estado com o objetivo de prejudicar o credor. Trata-se de uma fraude que causa anulabilidade ao ato de alienação. À vista disto, o credor deverá ingressar com uma ação autônoma denominada pauliana, tendo em vista que o artigo 158 do CC estabelece que “os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência [...]” considera anulável o negócio jurídico. Logo, o bem alienado ao terceiro retorna ao patrimônio do sujeito como garantia do credor e autor da ação pauliana.

Já o reconhecimento de fraude à execução ocorre na alienação ou oneração de bens quando existe uma ação fundada em um direito real ou quando, ao tempo da alienação ou oneração de bens, a capacidade patrimonial do devedor estava reduzida à insolvência. Desse modo, a fraude à execução é realizada de maneira incidental na demanda do credor contra o devedor, implicando, quando acolhida, na declaração de ineficácia de um negócio jurídico de alienação ou oneração.

O Código de Processo Civil trata sobre os requisitos para as fraudes em seu artigo 792. Ademais, o artigo 792, § 1º, do CPC diz que “a alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente”. Entretanto, a sua força foi reduzida em face da criação de novos pressupostos, os quais visam proteger o terceiro adquirente de boa-fé.

Cabe mencionar que a caracterização de fraude à execução possui um requisito, qual seja, a litispendência. Àquela nada mais é que citação do devedor referente a pendência do processo. Considerando que foram inúmeros os entendimentos referentes à citação, a Quarta

Turma do STJ, no acórdão do julgamento do Recurso Especial 2.429/SP, pacificou o entendimento no sentido de que, “para que se configure a fraude de execução, não basta o ajuizamento da demanda, mas a citação válida” (Brasil, 1990b).

Como visto, a fraude à execução é um instituto do Direito processual civil, e consiste na alienação de bens de forma fraudulenta pelo devedor durante o trâmite do processo, a fim de reduzir o devedor à insolvência e causar prejuízo ao credor. Além disso, tais atos também prejudicam a autoridade da jurisdição tornando-se um ato atentatório à dignidade da justiça, conforme previsto no artigo 774, inc. I, do CPC.

Além do mais, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 3.771/GO, publicado em 16 de outubro de 1990, com relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assentou o seguinte entendimento: “Na fraude de execução, o ato não é nulo, inválido, mas sim ineficaz em relação ao credor” (Brasil, 1990c). Dessa forma, em tais situações, os bens alienados de forma fraudulenta permanecem passíveis de execução para o cumprimento da obrigação, como se nunca tivessem sido alienados para terceiros. Entretanto, por se tratar de fraude à execução no curso do processo civil não se pode afastar a legitimidade do terceiro adquirente apresentar o contraditório, conforme defendido por Araken de Assis: “o adquirente ou beneficiário do ato reputado fraudulento há de merecer oportunidade para arrazoar acerca da existência da fraude, afastando a pretendida afetação do bem” (2018, p. 312).

Assim, em linhas gerais, a fraude à execução ocorre no curso do processo, e a fraude contra credores antes do processo.

3 DA PRESUNÇÃO DA BOA-FÉ

O ordenamento jurídico compreende que qualquer relação obrigacional deve ser pautada pelo princípio da boa-fé. Nesse contexto, assim dispõe o artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Tal princípio tem por finalidade a busca pelo cumprimento da obrigação de forma legítima visando a segurança jurídica. Em suma, todos devem se comportar com boa-fé nas suas relações recíprocas.

3.1 Definição da presunção da boa-fé

Este princípio se biparte em dois, a boa-fé subjetiva – também chamada de concepção psicológica da boa-fé, e a boa-fé objetiva – concepção ética da boa-fé. Para o Direito Civil, a boa-fé subjetiva é a que se liga a um convencimento individual de estar agindo conforme a lei. Dá-se quando a pessoa acredita ser titular de um direito que, na realidade, não o tem, por existir na aparência, como lecionado por Carlos Roberto Gonçalves:

Diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos, sendo levada em consideração pelo direito, para os fins específicos da situação regulada. Serve à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra a realidade. (2011, p. 25).

Portanto, pode-se concluir que a subjetividade está justamente relacionada ao entendimento e a interpretação da intenção do sujeito da relação jurídica.

Outrossim, a boa-fé objetiva constitui a norma jurídica do direito obrigacional clássico fundada em um princípio geral do direito, no qual versa que todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas, tornando-se regra de conduta. Por conseguinte, nada mais é que um modelo de conduta social ao qual cada pessoa deve ajustar-se para agir com probidade, sendo considerado, também, um dever de agir conforme certos padrões socialmente recomendados de correção, lisura e honestidade. Nesta linha de entendimento, Carlos Roberto Gonçalves indica que a cláusula geral da boa-fé objetiva é tratada em três dispositivos legais:

Sendo de maior repercussão o art. 422 (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”).

Os demais são: o art. 113 (“Os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”) e o 187 (“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”). Os mencionados dispositivos legais contemplam funções relevantes da boa-fé objetiva.

O citado art. 187 estabelece a denominada “função de controle ou de limite”, ao proclamar que comete ato ilícito quem, ao exercer o seu direito, exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé. Cogita, assim, do chamado abuso de direito. (2011, p. 70).

É de suma importância ressaltar a relação do princípio da boa-fé com a presunção da boa-fé. Assim, em um olhar específico para a etimologia da palavra presunção, identifica-se

que decorre do verbo presumir, ou seja, de ser cogitado algo ou não, diferenciando-se da certeza da conduta.

3.1.1 Da proteção do terceiro adquirente de boa-fé

Havendo a alienação de bens que causem a insolvência ou agravem a situação do devedor, isso resulta em duas problemáticas: uma em relação à insatisfação e frustração do credor e, a outra, conjuntamente, com a posição do terceiro adquirente. Em virtude destes atos houve a necessidade da análise da boa-fé do terceiro adquirente por parte do Superior Tribunal de Justiça.

É indubitável que, para a configuração de fraude à execução, o comprador de um bem deve ter conhecimento da demanda movida contra o vendedor. Logo, se o adquirente apresentar elementos que comprovem o desconhecimento acerca de demandas contra o devedor ou relacionadas aos bens deste, como, por exemplo, nos casos em que não há averbação de penhora na matrícula do bem imóvel, presume-se que agiu de boa-fé. Ou seja, é ônus do credor demonstrar a má-fé do terceiro adquirente, conforme será exposto na seção terciária a seguir.

3.1.2 Do ônus de provar má-fé do terceiro adquirente

Visando a proteção do adquirente de boa-fé, em 2009, com a edição da Súmula 375, o Superior Tribunal de Justiça assegurou que “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente” (Brasil, 2009), uniformizando o entendimento jurisprudencial no país. Portanto, pelos termos do enunciado da Súmula 375 do STJ, é ônus do exequente/credor comprovar que o comprador/terceiro agiu de má-fé ao adquirir um bem do devedor. Isto posto, significa que, como regra geral, a compra do bem alienado pelo terceiro adquirente deve ser presumida a boa-fé. Todavia, esta súmula só possui aplicabilidade em âmbito de execução civil, uma vez que a previsão constante do artigo 185 do Código Tributário Nacional contempla a presunção absoluta da má-fé do terceiro adquirente.

Não obstante, o enunciado da Súmula 375 do STJ assume um papel de travas em meio aos processos de execução, buscando uma proteção ao terceiro adquirente de boa-fé por meio

de um processo equilibrado com equidade de ambos os lados, sem violar direito algum do devedor e do credor.

3.2 Proteção do terceiro adquirente de boa-fé decorrentes transições inválidas

Consoante, a busca pela proteção do terceiro adquirente de bens de boa-fé. O atual presidente do Brasil sancionou a Lei n. 14.825/2024, a qual busca assegurar as transações imobiliárias realizadas pelo terceiro que agiu de boa-fé, ou seja, aquele adquirente que estava impossibilitado de saber da demanda contra o devedor. Demanda esta que poderia levar à invalidação da transação decorrente de uma ação de improbidade administrativa ou um impedimento por meio de uma hipoteca judiciária.

Essa nova lei alterou diretamente a Lei n. 13.097/2015, modificando, inclusive, o artigo 54. A referida alteração, incluiu ao artigo acima citado, o inc. V. Dessa forma, em se tratando da eficácia dos negócios jurídicos em relação aos atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as informações de "averbação, mediante decisão judicial, de qualquer tipo de constrição judicial incidente sobre o imóvel ou sobre o patrimônio do titular do imóvel, inclusive a proveniente de ação de improbidade administrativa ou a oriunda de hipoteca judiciária”.

Logo, conclui-se que todas as restrições que resultem em transições inválidas devem ser averbadas em matrícula mediante decisão judicial. Contudo, garantindo mais uma maneira de proteção do terceiro adquirente de bens de boa-fé.

4 DA INAPLICABILIDADE DA PRESUNÇÃO DA BOA-FÉ AO TERCEIRO ADQUIRENTE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

4.1 Da fraude à execução fiscal

Conforme discorrido alhures, o não reconhecimento da fraude quando se trata do processo de execução fiscal possui um tratamento diferente ao estabelecido na execução civil,

visto que sua aplicação será pautada conforme as previsões do Código Nacional Tributário e da Lei de Execução Fiscal.

O artigo 185 do CTN prevê: “Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.” Assim, de acordo com tal disposição legal e entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, considera-se a presunção *juris et de jure*, ou seja, uma presunção absoluta de má-fé por parte do terceiro adquirente.

Contudo, na redação anterior do artigo 185 (antes da redação estabelecida pela Lei Complementar n. 118/2005), só era considerado fraude se o crédito tributário, no caso a dívida ativa, estivesse em fase de execução. Essa alteração surgiu com o objetivo de considerar fraudulentas as alienações feitas pelo devedor após sua inscrição em dívida ativa, ou seja, antes mesmo do processo de execução. Segundo Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 11), essa medida tem um papel importante na segurança jurídica, pois “dessa maneira, a lei impõe ao responsável pela obrigação tributária uma restrição à disponibilidade de seu patrimônio pela simples circunstância de ter ocorrido a inscrição em dívida ativa”.

4.2 Da fraude à execução fiscal: presunção absoluta de má-fé do terceiro adquirente

Congruente ao exposto, no julgamento do Recurso Especial 1.141.990/PR, realizado logo após a vigência da Lei Complementar n. 118/2005, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que “a simples alienação de bens, pelo sujeito passivo de débito tributário inscrito em dívida ativa, sem a reserva de meios para a sua quitação, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução”. Nesse acórdão consolidou-se o entendimento da presunção legal absoluta da má-fé de terceiro adquirente de bens do devedor, mesmo que ausente qualquer informação ou gravame, ou seja, a Súmula 375 do STJ não se aplica às execuções fiscais:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N.º 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*), por isso que a Súmula n.º 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.
2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que:
 “Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.
 Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.”
3. A Lei Complementar n.º 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN [...]. (Brasil, 2010).

Desta maneira, com a nova redação do artigo 185 do CTN, confirmada pelo entendimento constante de acórdão do STJ, o terceiro adquirente, em caso de execução fiscal, não tem a presunção de boa-fé reconhecida. Desse modo, o enunciado da Súmula 375 do STJ não é aplicado, consoante se observa do extrato do julgamento do Recurso Especial 1.696.705/PR:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO APÓS A CITAÇÃO. ART. 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO ANTERIOR À LC N. 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. SUCESSIVAS ALIENAÇÕES.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.141.990/PR, de Relatoria do Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual não se aplica à execução fiscal a Súmula 375/STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”
2. A caracterização da má-fé do terceiro adquirente ou mesmo a prova do conluio não é necessária para caracterização da fraude à execução. A natureza jurídica do crédito tributário conduz a que a simples alienação de bens pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução, mesmo no caso da existência de sucessivas alienações.
3. Hipótese em que muito embora tenha ocorrido duas alienações do imóvel penhorado, a citação do executado se deu em momento anterior a transferência do bem para o primeiro adquirente e deste para ora agravante, o que, de acordo com a jurisprudência colacionada, se caracteriza como fraude à execução fiscal. Agravo regimental improvido. (Brasil, 2020).

No contexto da execução, esse princípio busca proteger o terceiro adquirente de boa-fé que adquiriu um bem sem conhecimento de qualquer irregularidade. Sendo assim, a presunção de boa-fé é aplicada exigindo do credor a prova da má-fé do adquirente. Já na execução fiscal, a presunção de má-fé é absoluta, ou seja, presume-se que o adquirente tinha

conhecimento da dívida e agiu de má-fé, independentemente de prova em contrário respaldado no artigo 185 do CTN, o qual prevê a absoluta fraude à execução.

Entretanto, tal posicionamento é completamente diverso da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que estabelece que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora averbado à matrícula ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. A jurisprudência do STJ fundamenta-se para a construção da dogmática sobre a matéria. Outrossim, a aplicação de tal súmula nos casos concretos de execução fiscal gera grandes controvérsias.

Portanto, em tais situações, presume-se de forma absoluta a má-fé do terceiro adquirente e o reconhecimento da fraude à execução, como exposto por Rita Dias Nolasco:

Isto porque a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo, após a inscrição em dívida ativa, sem a reserva de meios para a quitação do débito, gera a presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial prevalece sobre a lei geral) (2015, p. 690-694).

Dessarte, torna-se irrelevante a análise da boa-fé ou má-fé do terceiro adquirente, ou até mesmo a comprovação da prova da má-fé para a caracterização de fraude à execução fiscal. Ademais, o que reforça esse posicionamento jurisprudencial é a problemática da inaplicabilidade do enunciado da súmula 375 do STJ.

Essa problemática gera grande instabilidade jurídica em relação às disparidades de tratamento ao terceiro adquirente, ocasionando insegurança jurídica nas relações entre os particulares.

5.3 Da disparidade e tratamento em benefício da Fazenda Pública na execução fiscal

É indubitável a incongruência do tratamento do terceiro adquirente de boa-fé nos processos de execução civil e de execução fiscal, pois perante a Fazenda Pública temos a aplicação da presunção absoluta da má-fé do terceiro adquirente de bens do devedor. Todavia, quando se trata de negócios jurídicos realizados entre particulares, essa presunção torna-se relativa sendo o exequente/credor incumbido da apresentação do ônus da prova de má-fé do terceiro adquirente de bens do devedor, ou seja, presume-se a boa-fé.

A solução para essa disparidade de tratamento entre as execuções seria a criação de legislação específica que busca proteger o terceiro adquirente de boa-fé em todos os casos de execução.

À vista das disparidades identificadas e explicadas acima, a jurisprudência do STJ está firmada no julgamento do recurso repetitivo em 2010 (Recurso Especial 1.141.990/PR), que reconhece a fraude à execução fiscal e estabelece a presunção da má-fé absoluta do terceiro adquirente, reforçando a redação do artigo 185 do CTN quanto ao momento exato que se configura fraude à execução fiscal: a inscrição em dívida ativa do devedor.

Realizando uma análise entre as execuções de particulares e a Fazenda Pública, ficou demonstrada a inconsistência, a disparidade e o benefício da Fazenda Pública, por meio do impedimento do terceiro adquirente de demonstrar sua boa-fé através do seu direito fundamental ao contraditório para salvaguardar um bem que tenha adquirido.

Dessa maneira, torna-se nítido o favorecimento da Fazenda Pública, pois ao determinar a presunção absoluta da má-fé, desencadeia-se a impossibilidade do terceiro adquirente apresentar sua controvérsia, ou até mesmo a comprovação que agiu de boa-fé.

Paulsen (2014), em seu livro *Curso de Direito Tributário*, aponta a total presunção em favor do fisco assegurada no artigo 185 do CTN na busca pela satisfação do crédito tributário. Contudo, apresenta que, nesses casos, o terceiro adquirente de boa-fé só poderá buscar demonstrá-la, bem como poderá alegar seus motivos em uma ação própria como a paulina ou revocatória. Assim, será possível comprovar o tratamento completamente oposto aos casos de execução civil. Portanto, pressupõe-se que em situações como a aquisição de bem antes da averbação da CDA na matrícula de imóvel, em caso de bem adquirido em leilão sem a menção de débito fiscal, torna-se totalmente viável considerar a boa-fé do terceiro adquirente frente à uma execução fiscal.

Em se tratando da (in)justiça frente à não aplicabilidade do princípio da isonomia, isso resulta na disparidade de armas entre os poderes, na violação ao direito do contraditório e do princípio da dignidade da pessoa humana. Tudo isso demonstra de maneira evidente o privilégio da Fazenda Pública e da falta de legislação adequada que atinja as expectativas da sociedade em transformação.

Por fim, a diferenciação da aplicação da boa-fé sobre terceiro adquirente na execução fiscal e na execução civil, para nós, é um retrocesso jurídico, ensejando a revisão do entendimento jurisprudencial e visando assegurar os direitos de todos os envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista das disparidades identificadas e explicadas acima, a jurisprudência do STJ está firmada no julgamento do recurso repetitivo em 2010 (Recurso Especial 1.141.990/PR), que reconhece a fraude à execução fiscal e estabelece a presunção da má-fé absoluta do terceiro adquirente, reforçando a redação do artigo 185 do CTN, quanto ao momento exato que se configura fraude à execução fiscal: a inscrição em dívida ativa do devedor.

Isto posto, torna-se imprescindível a busca por soluções e uniformização do ordenamento jurídico. Essas modificações dar-se-ão por meio de uma revisão jurisprudencial referente à fraude à execução fiscal, para evitar que o indivíduo que age de boa-fé não seja prejudicado, assegurando-se a segurança e estabilidade jurídica.

Portanto, realizando uma análise entre a execução entre particulares e a Fazenda Pública, ficou demonstrada a inconsistência, a disparidade e o benefício da Fazenda Pública, por meio do impedimento do terceiro adquirente de demonstrar sua boa-fé através do seu direito fundamental ao contraditório para salvaguardar um bem que tenha adquirido. Por fim, a diferenciação da aplicação da boa-fé sobre terceiro adquirente na execução fiscal e na execução civil, para nós, é um retrocesso jurídico, ensejando a revisão do entendimento jurisprudencial e visando assegurar os direitos de todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual de Execução**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 15 mai. 2024.

BRASIL. **Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm. Acesso em: 15 mai. 2024.

BRASIL. **Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990a**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm. Acesso em: 15 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 2.429/SP**. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 19 jun. 1990b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199000023300&dt_publicacao=06/08/1990. Acesso em: 13 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 3.771/GO**. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 16 out. 1990c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199000059801&dt_publicacao=05/11/1990. Acesso em: 13 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 375**. Brasília, 18 mar. 2009. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_33_capSumula375.pdf. Acesso em: 6 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.141.990/PR**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 10 nov. 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1020233&nreg=200900998090&dt=20101119&formato=HTML#>. Acesso em: 4 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 486**. Brasília, 1 ago. 2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/sumstj/article/download/5174/5299>. Acesso em: 4 mai. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 12 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.696.705/PR**. Relator: Min.^a Assusete Magalhães. Brasília, 4 fev. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702281490&dt_publicacao=11/02/2020. Acesso em: 4 mai. 2024.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A execução civil**: conceito, espécies e temas fundamentais - o cumprimento de sentença. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais, v. 3. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018.

NOLASCO, Rita Dias; GARCIA, Victor Menezes. **Execução fiscal à luz da jurisprudência: Lei 6.830/1980 comentado artigo por artigo, de acordo com o novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**: v. 9. São Paulo: Forense, 1979.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E INCLUSÃO DA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO: EQUIDADE E BARREIRAS

PUBLIC HEALTH POLICIES AND INCLUSION OF SEXUAL AND GENDER DIVERSITY: EQUITY AND BARRIERS

Jorge Júnior de Oliveira Almeida¹

Rai de Oliveira Costa²

Rayane de Oliveira Costa³

¹ Mestrando em Gestão em Saúde pela MUST University, pós-graduado em Centro Cirúrgico, instrumentação e Central de Material Esterilizado (CME), pós-graduado em Urgência e Emergência, pós-graduado em Saúde Pública e Intervenção Psicossocial e bacharel em Enfermagem.

² Mestrando em Sociologia Política pela Universidade Estadual Norte Fluminense (UENF), pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal e bacharel em Direito.

³ Pós-graduada em Auditoria em Serviços de Saúde, pós-graduada em Saúde Pública e Intervenção Psicossocial e bacharel em Enfermagem.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a interseção entre políticas públicas de saúde e inclusão da diversidade sexual e de gênero no Brasil, focando na equidade para a população LGBTQIAPN+. De princípio identifica-se a complexidade das identidades LGBTQIAPN+, que desafiam normas tradicionais heteronormativas e demandam políticas inclusivas. O estudo avalia como a implementação dessas políticas é impactada pelo diálogo antagônico entre democracia e conservadorismo, evidenciando que, enquanto a democracia busca promover igualdade e livre de preconceito, o conservadorismo impede avanços, resultando em políticas parciais e discriminatórias. O desenvolvimento do trabalho revela que, apesar dos avanços normativos, o Sistema Único de Saúde (SUS) enfrenta dificuldades significativas na garantia de equidade para a população LGBTQIAPN+. Obstáculos como a falta de capacitação dos profissionais de saúde, bem como seus aspectos pessoais como religião e discursos moralistas, além de preconceitos institucionais enraizados e a ausência de políticas específicas comprometem a qualidade do atendimento e perpetuam desigualdades. Dessa maneira, é essencial um compromisso coletivo para superar essas barreiras. Reformas nas políticas públicas, treinamento contínuo para profissionais de saúde e conscientização social são fundamentais para construir um SUS mais inclusivo e sem marginalizações. Somente uma abordagem integrada e equitativa permitirá que o sistema de saúde atenda de forma digna e respeitosa todas as identidades de gênero e orientações sexuais.

PALAVRAS-CHAVE

Políticas públicas de saúde – Inclusão – Diversidade sexual – Diversidade de gênero – Barreiras.

SUMÁRIO

Introdução. 1 Implementação de políticas públicas de saúde para população LGBTQIAPN+: diálogo entre a democracia e conservadorismo. 2 Sujeitos de direito? Indagações sobre a equidade e barreiras no Sistema Único de Saúde no Brasil. Considerações finais. Referências.

REFERÊNCIA: ALMEIDA, Jorge Júnior de Oliveira; COSTA, Rai de Oliveira; COSTA, Rayane de Oliveira. Políticas públicas de saúde e inclusão da diversidade sexual e de gênero: equidade e barreiras. **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 118-144, ago. 2025.

ABSTRACT

This article aims to analyze the intersection between public health policies and the inclusion of sexual and gender diversity in Brazil, focusing on equity for the LGBTQIAPN+ population. It begins by identifying the complexity of LGBTQIAPN+ identities, which challenge traditional heteronormative norms and demand inclusive policies. The study assesses how the implementation of these policies is affected by the antagonistic dialogue between democracy and conservatism, highlighting that while democracy seeks to promote equality and freedom from prejudice, conservatism hinders progress, resulting in partial and discriminatory policies. The development of the work reveals that, despite normative advances, the Unified Health System (SUS) faces significant difficulties in ensuring equity for the LGBTQIAPN+ population. Obstacles such as the lack of training for health professionals, personal factors like religion and moralistic discourses, entrenched institutional prejudices, and the absence of specific policies compromise the quality of care and perpetuate inequalities. Therefore, a collective commitment is essential to overcome these barriers. Reforms in public policies, ongoing training for health professionals, and social awareness are crucial to building a more inclusive and non-marginalizing SUS. Only an integrated and equitable approach will allow the health system to provide dignified and respectful care to all gender identities and sexual orientations.

KEYWORDS

Public health policies – Inclusion – Sexual diversity – Gender diversity – Barriers.

INTRODUÇÃO

A diversidade sexual e de gênero é um fenômeno intrinsecamente complexo e multifacetado que abrange uma ampla gama de identidades que desafiam as normas tradicionais de uma sociedade conservadora e heteronormativa. Os atores envolvidos nas concepções de diversidade sexual e de gênero incluem indivíduos que se identificam como lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, *queer*, intersexuais, assexuais, pansexuais, não binários, entre outros. Cada uma dessas orientações ou identidades carrega consigo uma série de experiências, desafios e necessidades específicas que demandam reconhecimento e inclusão efetiva.

No cenário nacional, a implementação de políticas públicas de saúde voltadas para a população LGBTQIAPN+ tem sido um tema de intenso debate e polarização, refletindo um diálogo tenso entre princípios democráticos e forças conservadoras. A democracia, com sua ênfase na igualdade e na inclusão, tem buscado promover medidas que garantam o acesso universal e equitativo aos serviços de saúde. Inversamente, o conservadorismo, exposto por ideologias religiosas e moralistas, se opõe a essas ações que visam restringir direitos e garantias, além de manter a conformidade com normas tradicionais de gênero e sexualidade. Essa dicotomia cria um panorama de constante negociação e conflito, impactando diretamente a proficuidade e a abrangência das políticas implementadas.

No contexto do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, a equidade e a acessibilidade para a população LGBTQIAPN+ ainda enfrentam inúmeras dificuldades e entraves. Apesar dos avanços, em especial por meio de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, muitas vezes esses sujeitos de direito encontram impedimentos para acessar serviços de saúde de maneira digna e igualitária. Questões referentes a falta de capacitação adequada dos profissionais de saúde, preconceitos enraizados e a insuficiência de políticas específicas para essa população são obstáculos significativos que comprometem a qualidade do atendimento. Essas barreiras não somente violam direitos humanos fundamentais, mas também agravam disparidades em saúde, perpetuando ciclos de segregação e vulnerabilidade.

Neste sentido, embora o Sistema Único de Saúde (SUS) seja concebido como um modelo abrangente e universal de assistência à saúde, baseado nos princípios de

universalidade, equidade e integralidade, sua efetivação plena ainda encontra limites importantes no atendimento à população LGBTQIAPN+. Desde sua criação, em 1990, o SUS tem como diretriz garantir o acesso integral à saúde para todos os cidadãos, sem qualquer forma de discriminação. No entanto, a prática cotidiana revela que esses princípios, embora fundamentais, nem sempre se concretizam de forma equitativa para pessoas LGBTQIAPN+, cujas experiências com o sistema muitas vezes são marcadas por preconceito, desinformação e atendimento ineficaz. Assim, os desafios enfrentados por essa população evidenciam a distância entre o ideal normativo do SUS e a realidade vivenciada por grupos historicamente marginalizados.

Dessa forma, o que se propõe com este trabalho é uma análise do estado das políticas públicas de saúde para a população LGBTQIAPN+ no Brasil em uma visão anacrônica nas premissas da tensão entre democracia e conservadorismo, e dada suas implicações quanto à aplicabilidade dos princípios do SUS. Com ele, objetiva-se, então, contribuir para uma maior compreensão acerca dos desafios enfrentados por esta população, bem como com subsídios para formulação de estratégias que visem a promoção de um sistema de saúde verdadeiramente não discriminatório e igualitário.

1 IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE PARA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+: DIÁLOGO ENTRE A DEMOCRACIA E CONSERVADORISMO

Historicamente, a população LGBTQIAPN+ foi relegada à invisibilidade social e política no Brasil. Até o final do século XX, a orientação sexual e a identidade de gênero eram vistas através de lentes moralistas e patologizantes (Gama, 2019). A homossexualidade, por exemplo, era criminalizada e tratada como uma doença mental, sujeita a tratamentos de "cura" e repressão. Este contexto social e culturalmente conservador, principalmente no Brasil, contribuiu para a falta de políticas públicas inclusivas e eficientes (Bortolozzi, 2019). Assim, em busca de reconhecimento pelos direitos básicos, até então negados pelo Estado, segundo as ideias formuladas por Gomes e Zenaide (2019, p. 164), “o movimento LGBT, então, se torna um espaço social de fortalecimento do sentimento de pertença a uma determinada comunidade de interesses, assim como é também um espaço de aprendizagem social onde o segmento fortalece os meios de participação social e política”.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema de saúde brasileiro era marcado por uma lógica excludente, fragmentada e voltada majoritariamente aos trabalhadores com vínculo formal de emprego. Organizado sob o modelo previdenciário, o acesso à saúde era garantido apenas àqueles que contribuíam com a previdência social, enquanto os demais cidadãos, especialmente os pertencentes a grupos vulnerabilizados, encontravam-se à margem do atendimento estatal. Essa configuração institucional deixava grande parte da população brasileira sem cobertura adequada, sendo o atendimento de saúde reduzido a ações filantrópicas, caritativas ou vinculadas a interesses políticos locais (Caumo; Calazans, 2018).

O caráter assistencialista do sistema, que priorizava o tratamento de doenças em detrimento de políticas de prevenção e promoção da saúde, resultava em uma cobertura desigual e discriminatória. Tal cenário tornava-se ainda mais grave no que tange à população LGBTQIAPN+, historicamente silenciada, estigmatizada e relegada à invisibilidade nas agendas públicas (Mello; Brito; Maroja, 2012). Em um contexto social e institucional marcado por padrões normativos heterocisnormativos, as demandas por saúde de pessoas LGBTQIAPN+ não eram sequer reconhecidas como legítimas, o que as colocava em uma condição de dupla marginalização: tanto pela ausência de políticas públicas específicas quanto pelo preconceito institucional enraizado nas práticas do sistema de saúde (Gama, 2019).

A escassez de instrumentos legais e a inexistência de políticas estruturadas voltadas a essa população refletem um período em que as categorias de orientação sexual e identidade de gênero eram tratadas como desvios a serem corrigidos ou ignorados, e não como expressões legítimas de subjetividade. Ainda no século XX, a homossexualidade era vista como patologia, passível de tratamentos coercitivos, o que contribuía para a exclusão das pessoas LGBTQIAPN+ dos espaços de cuidado e promoção da saúde (Belmonte, 2024). Segundo Alamino e Del Vecchio (2018), essa lógica de exclusão institucional se consolidava em um ambiente político e jurídico que ignorava os princípios universais de dignidade e igualdade, elementos centrais para a construção dos direitos humanos contemporâneos.

Ademais, a falta de reconhecimento estatal da existência e das especificidades da população LGBTQIAPN+ contribuiu para a manutenção de barreiras estruturais e simbólicas no acesso aos serviços de saúde. Conforme destacam Gomes e Zenaide (2019), a luta por

cidadania e visibilidade por parte dessa população emergiu em meio a um cenário de negligência, exigindo a construção de espaços de resistência e mobilização para o reconhecimento de seus direitos básicos. Tais processos foram fundamentais para a posterior formulação de políticas públicas, mas, no período anterior à Constituição de 1988, inexistiam mecanismos formais que assegurassem a inclusão plena da diversidade sexual e de gênero nas políticas estatais de saúde (Bortolozzi, 2019).

Somando-se à estrutura jurídica limitada, a prática institucional reproduzia cotidianamente discriminações e violações de direitos humanos, evidenciando que, para além da ausência normativa, existia uma cultura institucional que reforçava o silenciamento e a invisibilidade dessa população (Siqueira; Machado, 2018). Esse conjunto de fatores reforça a compreensão de que a institucionalização da exclusão da população LGBTQIAPN+ nos serviços de saúde, antes da Constituição de 1988, não era apenas fruto de omissão do Estado, mas de um modelo de saúde seletivo, moralista e incapaz de responder às demandas oriundas da diversidade social brasileira.

O estigma e a discriminação que permeavam a sociedade brasileira resultaram em uma profunda marginalização da população LGBTQIAPN+. Suas necessidades de saúde eram ignoradas ou mal atendidas, devido ao preconceito existente entre profissionais de saúde e às limitações impostas por um sistema de saúde que não reconhecia a diversidade sexual e de gênero (Bezerra *et al.*, 2019). Durante as décadas de 1980 e 1990, a epidemia de HIV/Aids atingiu fortemente a população LGBTQIAPN+, especialmente homens gays e bissexuais. Esse grupo, já marginalizado, enfrentou um estigma social agravado pela associação da doença com comportamentos considerados “imorais” ou “desviantes” pela sociedade dominante (Sousa; Mendes, 2021). O preconceito resultante não apenas dificultava a busca por tratamento e apoio, mas também exacerbava a exclusão social e a discriminação.

Assim, antes dos anos 1980, o sistema de saúde brasileiro estava mal preparado para lidar com as necessidades específicas da população LGBTQIAPN+, as instituições de saúde, não raras as vezes, perpetuavam estereótipos e preconceitos, tratando pessoas LGBTQIAPN+ com desconfiança ou hostilidade (Gonçalves *et al.*, 2024). Essa falta de sensibilidade e competência cultural resultava em um ambiente de atendimento hostil, que afastava muitas pessoas LGBTQIAPN+ dos serviços de saúde. A ausência de políticas públicas específicas significava que não havia programas de prevenção e tratamento adequados para questões de saúde particularmente relevantes para essa comunidade, como infecções sexualmente

transmissíveis (ISTs) e saúde mental. Essa negligência teve consequências devastadoras, especialmente com a emergência da epidemia de HIV/Aids na década de 1980 (Simpson; Benevides, 2024).

Conforme enfatizado por Patrocino, Nolasco e Viana (2024, p. 8):

São compreendidos, como determinantes estruturais, as marcas sociais de raça, gênero, classe, território dentre outras, e a saúde como direito sem distinções de qualquer natureza. Assim, as políticas de saúde passaram a ter como foco a equidade, por meio, sobretudo, da formação de prestadoras/es de serviços, dentre outras políticas de redução de barreiras ao acesso e participação de grupos excluídos.

A crise de HIV/Aids destacou a grave falha das políticas de saúde pública em atender à população LGBTQIAPN+. inicialmente descrita como uma "doença gay", a epidemia revelou a vulnerabilidade extrema de uma população já vulnerável e negligenciada. O governo brasileiro, como muitos outros ao redor do mundo, foi inicialmente lento em responder de maneira eficaz à crise, em parte devido ao estereótipo associado à doença (Melo *et al.*, 2024). A pesquisa de Ferreira e Nascimento (2022, p. 3826) aborda que “a política sexual e as formas de regulação moral tendem a delinear as vidas dos “outros”, já que suas expressões, práticas e desejos são ora discriminados, ora convocados como sujeitos de direitos”. A pressão de ativistas e organizações não governamentais (ONGs) foi fundamental para forçar uma mudança de atitude, neste sentido, a epidemia de HIV/Aids atuou como um catalisador para uma maior visibilidade e organização política da comunidade LGBTQIAPN+ (Melo *et al.*, 2024).

Nos anos 1980, o Brasil, assim como muitos outros países, enfrentava, em conformidade com Belmonte (2024), uma crise de saúde pública sem precedentes com a emergência da epidemia de HIV/Aids, assim a doença, inicialmente cercada de desconhecimento e preconceito, rapidamente se espalhou, afetando diversas populações, com um impacto particularmente severo entre homens que faziam sexo com homens, usuários de drogas injetáveis e profissionais do sexo (Oliveira, 2022). Em 1985, o Ministério da Saúde brasileiro instituiu o Programa Nacional de DST/Aids, com o objetivo de coordenar uma resposta abrangente à epidemia.

A criação do programa foi impulsionada por uma combinação de pressão de ativistas, organizações não governamentais (ONGs) e a crescente evidência científica sobre a

natureza do HIV/Aids. Desde o início, o programa adotou uma abordagem baseada nos direitos humanos, reconhecendo a importância de tratar a epidemia não apenas como uma questão de saúde, mas também como uma questão social e de direitos (Elíbio Júnior; Oliveira, 2023). O programa implementou diversas estratégias inovadoras, incluindo a distribuição gratuita de preservativos, campanhas de conscientização pública, testes de HIV voluntários e confidenciais, e o acesso universal ao tratamento antirretroviral (ARV). Conforme analisam Monteiro e Villela (2009, s.p), essas medidas foram essenciais para reduzir a transmissão do vírus e melhorar a qualidade de vida das pessoas vivendo com HIV/Aids:

O processo de redemocratização do País, o fortalecimento dos movimentos sociais e a criação do SUS na Constituição Federal de 1988, estabelecendo um novo paradigma para o acesso à saúde, que deixava de ter um caráter assistencialista e previdenciário para ser assumida como direito de todo cidadão e dever do Estado em provê-la, forma o pano de fundo aonde vai se destacar o surgimento de uma nova doença no panorama nacional, que se caracterizava por aparecer em grupos restritos da sociedade e que trazia no seu rastro grandes doses de preconceito, estigma e discriminação contra as pessoas afetadas.

O Programa Nacional de DST/Aids, apesar de seu sucesso inicial, enfrentou diversos desafios. O preconceito e a discriminação relacionados ao HIV/Aids continuaram a ser obstáculos significativos, pois pessoas afetadas pelo HIV/Aids enfrentaram preconceito não apenas da sociedade em geral, mas também dentro do próprio sistema de saúde, dificultando o acesso ao diagnóstico e tratamento (Domene *et al.*, 2022). Outrossim, a diversidade regional do Brasil, devido os seus mais variados segmentos sociais e culturais, trouxe barreiras logísticas e operacionais. As disparidades socioeconômicas e geográficas exigiram adaptações específicas para garantir que as iniciativas do programa alcançassem populações em áreas remotas e segregadas (Elíbio Júnior; Oliveira, 2023).

Não obstante os desafios, o Programa Nacional de DST/Aids conseguiu alcançar resultados consideráveis. A taxa de infecção por HIV estabilizou-se e, em alguns casos, diminuiu, graças às campanhas de prevenção e ao tratamento acessível. O acesso universal ao tratamento ARV, implementado em 1996, foi um marco significativo, colocando o Brasil na vanguarda da resposta global ao HIV/Aids (Gonçalves *et al.*, 2024). O programa também teve um impacto importante na promoção de direitos humanos e na luta contra o ostracismo. Ao colaborar com ONGs e movimentos sociais, o programa ajudou a fortalecer a voz e a visibilidade das comunidades afetadas, promovendo uma maior inclusão e respeito pelos direitos das pessoas vivendo com HIV/Aids (Melo *et al.*, 2024).

No início dos anos 2000, o Brasil enfrentava um cenário de discriminação e violência crescente contra a população LGBTQIAPN+. Estudos e relatos indicavam altos índices de violência homofóbica, discriminação no ambiente de trabalho, e falta de acesso a serviços de saúde e educação para indivíduos LGBTQIAPN+ (Simões, 2018; Filipiack; Gaspodini, 2019). Em resposta a essas questões, o governo brasileiro lançou o programa Brasil Sem Homofobia com o objetivo de combater a homofobia e promover a cidadania plena para todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Neste sentido, Ferreira e Nascimento (2022, p. 3827) evidenciam que “em 2004 foi lançado o Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra a população GLTB e de Promoção da Cidadania de Homossexuais, intitulado “Brasil Sem Homofobia”, que consolidou um forte diálogo entre sociedade civil e o Estado pela garantia de direitos LGBT”.

Um dos principais obstáculos foi a resistência cultural e institucional partindo de diferentes setores da sociedade brasileira. O preconceito e a discriminação enraizados dificultaram a aceitação e a efetivação de políticas inclusivas. Ademais, houve resistência política, tanto no âmbito federal quanto estadual e municipal, o que impactou a implementação uniforme do programa em todo o país. Outro desafio significativo foi a falta de recursos adequados. Embora o programa tivesse uma agenda ambiciosa, a insuficiência de financiamento e a alocação inadequada de recursos limitaram sua capacidade de alcançar todos os seus objetivos. A capacitação de profissionais de saúde, educação e segurança para lidar com questões específicas da população LGBTQIAPN+ também foi uma tarefa complexa e exigiu um esforço contínuo de treinamento e sensibilização.

O programa Brasil Sem Homofobia representou um marco importante na consolidação das políticas públicas voltadas à promoção dos direitos da população LGBTQIAPN+ no Brasil. Ao evidenciar o compromisso do governo federal com a promoção da igualdade e dos direitos humanos, o programa estabeleceu um precedente relevante para o desenvolvimento de ações inclusivas no âmbito estatal (Alves, 2020). Como ressalta Andrade (2020, p. 21), “a política foi elaborada para ser ampla. Em razão disso, o BSH estabeleceu a participação dos Ministérios, Secretarias e da comunidade LGBT/entidades LGBT para adotarem as medidas de implementação, execução e avaliação desta política pública.” A formulação interinstitucional e participativa da iniciativa contribuiu para ampliar a

legitimidade do programa, ao mesmo tempo em que promoveu o reconhecimento oficial das múltiplas violências e discriminações enfrentadas por essa população, fortalecendo suas reivindicações por direitos e proteção (Patrocino; Nolasco; Viana, 2024).

A Declaração de Yogyakarta, adotada em 2006, é um documento seminal na promoção dos direitos humanos para pessoas com base na orientação sexual e identidade de gênero. Redigida por um grupo de ativistas e acadêmicos internacionais durante um encontro em Yogyakarta, Indonésia, a declaração estabelece um conjunto de normas e princípios que visam garantir a dignidade e a igualdade de todos os indivíduos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. A Carta de Yogyakarta surgiu em um momento crítico para a luta pelos direitos LGBTQIAPN+. Em um cenário de crescente violência e discriminação contra pessoas LGBTQIAPN+ em várias partes do mundo, a declaração buscou fornecer uma base normativa para a proteção dos direitos dessa população. O documento é composto por uma série de princípios e diretrizes que abrangem diversas áreas, incluindo a igualdade perante a lei, a proteção contra a violência e discriminação, e o respeito à autodeterminação de identidade (Alamino; Del Vecchio, 2018).

Reluzindo seus ideais e princípios para o Brasil por meio da Carta de Yogyakarta, foi lançado em 2009 o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT (PNPCDH-LGBT) como parte dos esforços do governo brasileiro para enfrentar a discriminação e promover a igualdade de direitos para a população LGBTQIAPN+ (Cruz Neto *et al.*, 2023). A criação do plano ocorreu em um momento de crescente reconhecimento global dos direitos LGBTQIAPN+ e foi influenciada por avanços legais e sociais em diversas partes do mundo. No Brasil, a mobilização de ativistas, organizações da sociedade civil e movimentos sociais desempenhou um papel primordial na demanda por políticas públicas inclusivas (Oliveira, 2022).

Na área da saúde, o plano contribuiu para a implementação de políticas de saúde inclusivas, como o atendimento humanizado e específico para pessoas transgêneras, e a ampliação do acesso a tratamentos para HIV/Aids e outras ISTs (Domene *et al.*, 2022). Na educação, foram desenvolvidas campanhas de sensibilização e formação de professores para lidar com a diversidade sexual e de gênero, ajudando a criar ambientes escolares mais seguros e inclusivos (Vigano; Laffin, 2019). A Política Nacional de Saúde Integral LGBT, foi instituída pela Portaria nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) é uma baliza importante na resposta do governo brasileiro às necessidades

específicas da população LGBTQIAP+ (Oliveira, 2022). A criação desta política visa reconhecer e abordar as disparidades de saúde que afetam indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero. A política busca remediar essas desigualdades ao adotar uma abordagem humanista que engloba não apenas a saúde física, mas também a saúde mental e social dos indivíduos LGBTQIAPN+ (Clemente, 2019).

Nesse contexto, essa política, em consonância com Ferreira e Nascimento (2022, p. 3829) tem como objetivo “fortalecer estratégias de visibilidade e propor diretrizes para a implementação de políticas públicas de erradicação da pobreza e combate à discriminação das populações LGBT”. Ademais, a política promove a criação de serviços especializados e centros de atendimento dedicados às necessidades específicas da população LGBTQIAPN+ (Nogueira; Aragão, 2019). Esses serviços são projetados para oferecer cuidados abrangentes, desde a prevenção e tratamento de doenças sexualmente transmissíveis até o suporte para questões de saúde mental e emocional. A implementação de serviços especializados é uma resposta direta à falta de recursos e ao acesso limitado que historicamente marcaram a experiência da população LGBT no sistema de saúde (Cruz Neto *et al.*, 2023).

O Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS) denota um progresso substancial na garantia de direitos e no acesso a cuidados de saúde especializados para pessoas trans no Brasil. Criado com o objetivo de fornecer suporte integral às necessidades da população transexual, esse processo busca oferecer um atendimento adequado e respeitoso que contemple tanto as dimensões médicas quanto psicossociais do processo de transição (Santos *et al.*, 2019). O processo oferece um caminho estruturado para o acesso a tratamentos hormonais e cirúrgicos necessários para a transição, proporcionando um suporte médico e psicológico fundamental. Essa abordagem abrangente é crucial para garantir que as pessoas trans recebam um atendimento que respeite sua identidade de gênero e promova seu bem-estar integral (Brasil, 2013).

Um dos principais avanços proporcionados pelo Processo Transexualizador é a formalização de um protocolo que assegura acesso a procedimentos médicos e cirúrgicos necessários para a transição. O processo estabelece diretrizes e procedimentos que visam garantir que o acesso aos tratamentos seja baseado em critérios clínicos e de necessidade, reduzindo a arbitrariedade e a discriminação. De acordo com Santos *et al.* (2019, p. 16), “há

uma crescente reivindicação de que o Estado se responsabilize e se aparelhe para responder às demandas da população LGBTT, reconhecida como vulnerável, mas também heterogênea e diversificada”. Antes da implementação desse processo, muitas pessoas trans enfrentavam dificuldades significativas para obter tratamentos essenciais devido à falta de regulamentação clara e à discriminação dentro do sistema de saúde (Santos *et al.*, 2019).

Além dos aspectos médicos, o Processo Transexualizador no SUS também contempla o suporte psicológico, reconhecendo a importância da saúde mental no processo de transição (Clemente, 2019). A inclusão de acompanhamento psicológico é um avanço significativo, pois o suporte emocional e psicológico é essencial para ajudar as pessoas trans a lidar com as questões relacionadas à identidade de gênero, estigmatização e transição. A abordagem integrada, que combina cuidados médicos e apoio psicológico, reflete uma compreensão mais completa das complexidades envolvidas na transição de gênero (Domene *et al.*, 2022).

Entre 1985 e 2016, o Brasil experimentou uma série de melhorias para o reconhecimento e na promoção dos direitos e garantias da população LGBTQIAPN+. esse período foi marcado por importantes mudanças legislativas, políticas e sociais que contribuíram para a inclusão e proteção dos direitos dessa comunidade e consequentemente com implementações de políticas públicas (Patrocino; Nolasco; Viana, 2024). Em contraste, a ascensão de um governo conservador e ultraneoliberal à presidência em 2016 trouxe novas adversidades emergentes e questionamentos sobre o futuro das políticas voltadas para a diversidade sexual e de gênero (Simpson; Benevides, 2024). Outro ganho notável foi a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011, que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como equivalente à união heterossexual para fins de direitos e deveres. Esse reconhecimento jurídico foi um passo importante para a equidade de direitos e estabeleceu um precedente para futuras discussões sobre o casamento igualitário (Almeida; Ribeiro; Bastos, 2022).

Durante o governo de Michel Temer (2016-2018), o Brasil vivenciou um período de retrocessos e desmonte nas políticas públicas voltadas para a população LGBTQIAPN+, pois a administração enfrentou desafios notáveis em relação à continuidade e à efetividade de programas e investimentos que haviam sido estabelecidos em governos anteriores (Aragusuku *et al.*, 2019). A partir de 2016, após o controverso impeachment da então presidenta Dilma Rousseff, seu vice, Michel Temer, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB),

assumiu a presidência. Esse período marcou o surgimento de um projeto político com características autoritárias em nível federal, que foi intensificado com a eleição de Jair Messias Bolsonaro em 2018 (Antunes, 2022).

A redução de investimentos em políticas públicas destinadas à população LGBTQIAPN+ foi um dos impactos mais evidentes durante os governos Temer/Bolsonaro. A diminuição de recursos financeiros afetou diretamente a capacidade de implementação e manutenção de programas voltados para a saúde dessa população, incluindo aqueles voltados para a prevenção e tratamento de doenças sexualmente transmissíveis (DSTs) e HIV/Aids (Silva, 2021; Perez; Santos, 2023). Programas que anteriormente receberam financiamento para atividades de conscientização, testes, tratamentos e suporte, enfrentaram cortes que comprometeram a eficácia das estratégias de saúde pública. Essa redução de investimentos não só limitou o acesso a cuidados essenciais, mas também prejudicou as iniciativas de prevenção, que são cruciais para conter a disseminação de DSTs e HIV/Aids (Perez; Santos, 2023).

Além da redução de investimentos, a interrupção de programas iniciados em gestões anteriores representou um retrocesso significativo. O programa “Brasil sem Homofobia”, criado para promover a inclusão e combater a discriminação contra a população LGBTQIAPN+, foi um dos mais afetados (Antunes, 2022). O corte ou redirecionamento de recursos destinados a este e outros programas impactou negativamente o atendimento e a promoção da saúde integral dessa população. A suspensão dessas políticas gerou uma lacuna na oferta de serviços e suporte, comprometendo a continuidade das ações voltadas à proteção e garantia de direitos da comunidade LGBTQIAPN+ (Luna, 2023).

Essa fragilização das políticas voltadas à população LGBTQIAPN+ não ocorreu de forma isolada, mas esteve diretamente associada a uma mudança mais ampla no direcionamento político do país. A administração Temer demonstrou uma orientação conservadora, que frequentemente resultou em retrocessos nas áreas de direitos humanos e inclusão (Perez; Santos, 2023). A retração de políticas públicas e o abandono de iniciativas anteriores refletem não apenas uma mudança de gestão, mas também a diminuição da prioridade atribuída às pautas de diversidade sexual e de gênero. A ausência de apoio

institucional para essas questões enfraqueceu a resposta em saúde pública e negligenciou as necessidades e os direitos de uma parcela expressiva da sociedade (Aragusuku *et al.*, 2019).

O aumento da violência contra a comunidade LGBTQIAPN+ também foi uma característica marcante durante o governo Bolsonaro. A administração conservadora não apenas falhou em enfrentar a violência, mas também criou um ambiente que contribuiu para o crescimento dos índices de assassinatos e agressões contra a população LGBTQIAPN+ (Luna, 2023). Segundo Moraes e Lopes (2024, p. 27) “o discurso de ódio se caracteriza por incentivar o “repúdio ao diferente”. Ao induzir a violência — física e simbólica — contra grupos excluídos e torná-los inimigos públicos, configura-se também como fato criminoso, afetando a dignidade daqueles a quem se direciona”. O discurso e as políticas da administração Bolsonaro, muitas vezes carregados de retórica preconceituosa, estimularam um clima de intolerância e hostilidade, exacerbando a violência e a discriminação contra a comunidade (Luna, 2023).

O viés conservador e ultraneoliberal dos mandatos presidenciais de Temer/Bolsonaro teve um impacto profundo nas políticas públicas voltadas para a população LGBTQIAPN+. Quinalha (2024, s.p) afirma que “o poder não apenas reprime e silencia, mas também estimula e até compele a profusão de determinados discursos sobre a sexualidade, pautando padrões de normalidade e, portanto, de exclusão, ainda mais quando menos permeável às pressões democráticas”. A agenda conservadora entrou em conflito com as demandas por direitos e inclusão, resultando em políticas que priorizavam a redução de gastos e a diminuição do papel do Estado na promoção de direitos sociais. Esse viés não só enfraqueceu as políticas de proteção e promoção da saúde, mas também contribuiu para um ambiente político e social mais agressivo para a população LGBTQIAPN+ (Moraes; Lopes, 2024).

2 SUJEITOS DE DIREITO? INDAGAÇÕES SOBRE A EQUIDADE E BARREIRAS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NO BRASIL

O conceito de “sujeito de direito” é fundamental para a compreensão dos direitos humanos e da cidadania em uma sociedade democrática. Ser um sujeito de direito significa que um indivíduo é reconhecido como portador de direitos e deveres legais e, portanto, pode reivindicar proteção e respeito às suas liberdades e garantias fundamentais (Gaspodini; Jesus, 2020). Este conceito é essencial para assegurar que todos os cidadãos, independentemente de

suas características pessoais, tenham acesso igualitário à justiça e à dignidade (Silva; Lehfel, 2019). Nesse sentido, Quinalha (2022, p. 121) observa que, “ainda que marcadas por características nitidamente gregárias, tais iniciativas, que foram fundamentais para a emergência de identidades e subculturas LGBTI+, mostraram-se condição necessária, mas ainda não suficiente, para a organização política”. Essa análise reforça a ideia de que o reconhecimento formal como sujeito de direito não basta por si só; é preciso que haja condições materiais e políticas para a efetiva participação e inclusão desses sujeitos na vida pública.

Para a população LGBTQIAPN+, o reconhecimento como sujeitos de direito implica em assegurar que suas orientações sexuais, identidades de gênero e expressões sejam reconhecidas e respeitadas legalmente. Historicamente, pessoas LGBTQIAPN+ enfrentaram exclusão, discriminação e violência, resultando em uma luta constante por reconhecimento e igualdade (Gomes; Zenaide, 2019). A ausência de reconhecimento legal e de direitos fundamentais pode levar a graves consequências, como a negação de acesso a serviços essenciais, a segregação social e a perpetuação de injustiças (Silva; Leite Júnior; Nascimento, 2023).

A terminologia médica também evolui constantemente para refletir melhor a compreensão científica e reduzir o estigma associado a determinadas condições de saúde. Um exemplo marcante dessa evolução é a mudança da denominação de Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) para Infecções Sexualmente Transmissíveis (IST). Esta alteração não é meramente linguística, mas tem profundas implicações na forma como a sociedade percebe e trata essas condições, além de exercer uma função basilar no combate ao preconceito (Esteves *et al.*, 2021). A mudança de DST para IST reflete um avanço significativo na compreensão médica e epidemiológica das infecções transmitidas sexualmente. Enquanto o termo "doença" sugere uma condição que necessariamente provoca sintomas e complicações, "infecção" é um termo mais abrangente que inclui tanto infecções sintomáticas quanto assintomáticas. Muitas ISTs podem ser assintomáticas por longos períodos, e o uso da nova terminologia ajuda a enfatizar a importância da detecção precoce e do tratamento, independentemente da presença de sintomas (Viegas *et al.*, 2024).

O preconceito em relação ao HIV é um exemplo notório de como a terminologia e a percepção pública podem influenciar o tratamento e a qualidade de vida das pessoas afetadas. Nos anos 1980, quando o vírus HIV foi identificado, a falta de compreensão científica e o medo generalizado levaram a um estigma extremo (Siqueira; Machado, 2018). As pessoas infectadas eram rotuladas pejorativamente como "aidéticos" e tratadas com desdém e discriminação. Hoje, sabe-se que uma pessoa pode viver décadas com o HIV sob controle, graças aos avanços nos tratamentos antirretrovirais. Essa compreensão de que o HIV é uma infecção crônica e manejável, e não uma sentença de morte, tem sido fundamental para mudar a percepção pública e reduzir o estigma. A mudança de terminologia de DST para IST é parte desse esforço mais amplo para educar e reformular a narrativa em torno das infecções sexualmente transmissíveis (Muniz; Brito, 2022).

Esse panorama de discriminação contribuiu para que somente no ano de 2020 a população LGBTQIAPN+ pudesse doar sangue, por meio da decisão celebrada do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543, pois o preconceito contra a população LGBTQIAPN+ é um fator vital que molda as políticas de doação de sangue (Brasil, 2020). Ao longo da história, a exclusão de HSH (Homens que fazem sexo com homens) das doações de sangue tem sido justificada com base em preocupações de saúde pública relacionadas ao HIV/Aids (Alves; Cruz; Sousa, 2021). Contudo, essa justificativa constantemente se baseia em rotulações e generalizações, ao invés de uma análise objetiva e científica do risco. A crença de que HSH são mais propensos a ter comportamentos de risco ignora a diversidade de práticas sexuais e a evolução dos métodos de detecção e prevenção de doenças (Lima, 2021).

Estudos de Silva, Leite Júnior e Nascimento (2023) mostram que a exclusão baseada em orientação sexual é um reflexo da intolerância, não necessariamente uma medida eficaz de proteção. As políticas de exclusão perpetuam o estigma, aumentando a marginalização da população LGBTQIAPN+ e reforçando a discriminação. Essa exclusão também desconsidera as melhorias nas práticas de triagem e o controle rigoroso dos exames de sangue que reduzem significativamente o risco de transmissão de doenças infecciosas. Esse tipo de proibição contrariava o comando constitucional e violava a própria dignidade humana, elemento fundante do Estado Democrático de Direito (Silva *et al.*, 2021), nas palavras do Ministro Relator Edson Fachin, ao discorrer sobre a inconstitucionalidade:

Não se pode coadunar, portanto, com um modo de agir que evidencie um amiar desse princípio maior, tolhendo parcela da população de sua intrínseca humanidade ao negar-lhe, injustificadamente, a possibilidade de exercício de empatia e da alteridade como elementos constitutivos da própria personalidade e de pertencimento ao gênero humano. (Brasil, 2020, p. 3-4).

A exclusão de HSH da doação de sangue tem implicações para a saúde pública. O banco de sangue enfrenta limitações na manutenção de um suprimento adequado e seguro. A restrição a uma parte da população reduz o número de potenciais doadores e pode contribuir para a escassez de sangue em momentos críticos (Silva *et al.*, 2021). Bem como a ausência de uma base científica sólida para essas políticas pode minar a confiança pública no sistema de saúde e nas campanhas de doação. Pesquisa conduzida por Alves, Cruz e Sousa (2021) sugere que a revisão das políticas de doação de sangue para refletir práticas baseadas em evidências, ao invés de preconceitos, pode aumentar a disponibilidade de sangue sem comprometer a segurança. A implementação de critérios de exclusão mais atualizados e baseados em comportamentos de risco específicos, em vez de categorias amplas como a orientação sexual, poderia ser uma abordagem mais eficaz.

O preconceito é uma atitude negativa ou hostil em relação a um grupo específico, baseada em estereótipos e generalizações. No contexto do SUS, o preconceito pode se manifestar por meio de atitudes e comportamentos de profissionais de saúde que não reconhecem ou respeitam a diversidade sexual e de gênero. A discriminação, por sua vez, refere-se a ações que resultam em tratamento desigual ou injusto devido a características pessoais como orientação sexual ou identidade de gênero (Esteves *et al.*, 2021). Autores como Viegas *et al.* (2024) destacam que o preconceito e a discriminação no ambiente de saúde podem levar à negação de atendimento ou à prestação de cuidados inadequados. Essa realidade pode resultar em um ambiente hostil que desencoraja a população LGBTQIAPN+ a buscar cuidados médicos, o que, por sua vez, afeta negativamente a saúde e o bem-estar desses indivíduos (Lucca, 2023).

O preconceito e a falta de informação no atendimento de saúde podem manifestar-se de várias maneiras, desde a negação explícita de serviços até a prática de cuidados desiguais. Em um levantamento realizado por Guimarães (2018) observa-se que profissionais de saúde podem mostrar aversão ou desconforto ao lidar com pacientes LGBTQIAPN+, o que pode se

traduzir em uma prestação de cuidados que ignora as necessidades específicas dessa população. Essa aversão pode ser exacerbada por crenças pessoais ou pela falta de formação adequada sobre as pautas LGBTQIAPN+. Nesse diapasão, Viegas *et al.* (2024, p. 2.648) lecionam que “estudos apontam para índices mais elevados de depressão, ansiedade, doenças sexualmente transmissíveis e riscos de suicídio entre esse público, evidenciando a necessidade urgente de políticas que ultrapassem o escopo da tolerância e atinjam a inclusão efetiva”.

A análise de Pereira *et al.* (2019) também revela que a ausência de educação continuada sobre diversidade sexual e de gênero colabora para a perpetuação do preconceito/discriminação no ambiente de saúde. Profissionais que não estão adequadamente capacitados para lidar com as questões específicas da população LGBTQIAPN+ podem, inadvertidamente, reproduzir estigmas e preconceitos, impactando negativamente a qualidade do atendimento. Viegas *et al.* (2024, p. 2648) ensinam que “enquanto a tolerância é um primeiro passo, torna-se necessário transcender esse estágio e implementar políticas inclusivas que não apenas reconheçam, mas enderecem as disparidades de saúde que afligem essa população”.

O nome social é uma ferramenta determinante para a inclusão e o reconhecimento da identidade de gênero das pessoas trans e não binárias. No entanto, a efetiva utilização deste nome no sistema de saúde depende fortemente da compreensão por parte dos profissionais de saúde. Muitos desses profissionais, apesar de bem-intencionados, podem não estar adequadamente preparados para lidar com as complexidades associadas ao nome social e às questões de gênero (Gomes *et al.*, 2018). Ademais, a resistência ao uso do nome social pode refletir preconceitos mais amplos presentes na sociedade. Estudos indicam que a aceitação do nome social e a adaptação das práticas profissionais são influenciadas por normas culturais e preconceitos que desconsideram a identidade de gênero não binária e trans (Lima, 2021; Pereira *et al.*, 2019). A resistência pode, portanto, ser vista como parte de um problema maior de discriminação e falta de compreensão sobre questões de gênero e sexualidade.

É relevante observar como os profissionais percebem que diversos fatores subjetivos, como a educação e o histórico pessoal, moldam valores e, por consequência, criam diferentes formas de moralidade. Esses fatores atuam como barreiras ao atendimento completo e de qualidade para a população LGBTQIAPN+ (Pereira *et al.*, 2019). Também é crucial notar que a religião aparece nos discursos como um elemento que contribui para a formação de valores que resultam em comportamentos discriminatórios. Essa perspectiva foi abordada

anteriormente nesta pesquisa, ao destacar as preocupações com a institucionalização do fundamentalismo conservador, especialmente no âmbito do poder legislativo brasileiro (Luna, 2023). Esse fenômeno tem se mostrado um obstáculo significativo para os direitos da população LGBTQIAPN+, além de estar ligado à patologização de suas sexualidades. Quinalha (2022, p. 45) observa que:

Tal repertório de garantias insere o Brasil em uma seleta e pequena lista de países que asseguram, ao menos oficialmente, os principais direitos de orientação sexual e de identidade de gênero. Com efeito, além da luta contra a violência e o preconceito, foram as reivindicações de casamento igualitário para homossexuais e de uso do nome social e do gênero autopercebido pelas pessoas trans nos documentos que constituíram as principais bandeiras desse movimento social nas últimas décadas (e século).

A saúde mental da população LGBTQIAPN+ é uma questão crítica que merece atenção urgente e aprofundada. Diversos estudos e pesquisas indicam que indivíduos que se identificam como parte dessa comunidade enfrentam taxas significativamente mais altas de depressão, ansiedade e comportamento suicida em comparação com a população em geral (Gomes *et al.*, 2018; Quinalha, 2022; Melo; Silva; Mello, 2019). Esses desafios são, em grande parte, consequência de fatores como discriminação, estigmatização e falta de suporte adequado. A elevada incidência de transtornos mentais entre os sujeitos LGBTQIAPN+ pode ser atribuída a um ambiente social hostil e excludente (Gomes *et al.*, 2018). A subalternização e o preconceito são experiências comuns que afetam diretamente o bem-estar psicológico. Assim como a exclusão social, a violência e a rejeição por parte da família e da comunidade têm um impacto profundo na saúde mental desses indivíduos, contribuindo para o desenvolvimento de condições como depressão e ansiedade (Cruz Neto *et al.*, 2023).

Estudos realizados por Silva, Leite Júnior e Nascimento (2023) evidenciam que a discriminação e o estigma são fatores de estresse crônicos que aumentam a vulnerabilidade a transtornos mentais. A constante exposição ao preconceito e à rejeição pode levar a uma internalização negativa da identidade, resultando em baixa autoestima e sentimentos de inadequação. Esses fatores combinados contribuem para uma maior prevalência de comportamentos suicidas entre a população LGBTQIAPN+ (Pereira *et al.*, 2019). Em consonância com Melo, Silva e Mello (2019) “tal cenário gera sofrimento psicossocial intenso, decorrente de uma atmosfera social ansiogênica, que muitas vezes resulta em

conflitos internos, angústia e insegurança, deixando a população LGBT mais propensa a manifestar sintomas depressivos”.

A importância dos serviços de apoio e acolhimento para a comunidade LGBTQIAPN+ não pode ser subestimada. É fundamental que existam estruturas de suporte psicológico que atendam às necessidades específicas dessa população. Serviços de saúde mental devem ser acessíveis, sensíveis e capacitados para lidar com questões de identidade de gênero e orientação sexual (Lucca, 2023). Programas de apoio e terapia que considerem o contexto de vida e os desafios enfrentados pelos indivíduos LGBTQIAPN+ são essenciais para proporcionar um atendimento eficaz e respeitoso (Guimarães, 2018). Assim, Abade, Chaves e Silva (2020, p. 13) destacam que “os estudos são categóricos em demonstrar a determinação social da orientação sexual e da identidade gênero no maior risco para problemas em saúde mental”.

O Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil é fundamentado em princípios de universalidade, equidade e igualdade, com a missão de oferecer assistência à saúde de forma integral e sem discriminação. No entanto, a aplicação desses princípios ao atendimento da população LGBTQIAPN+ revela tanto avanços quanto desafios consideráveis (Bezerra *et al.*, 2019). A investigação do acesso da comunidade LGBTQIAPN+ ao SUS deve considerar como esses princípios são traduzidos na prática e identificar áreas onde o sistema ainda precisa evoluir para garantir um atendimento verdadeiramente inclusivo e igualitário (Esteves *et al.*, 2021).

Universalidade é um dos pilares do SUS, que estabelece que todos os cidadãos, sem exceção, têm direito ao acesso à saúde. Esse princípio implica que a população LGBTQIAPN+ deve ter o mesmo acesso a serviços de saúde que qualquer outra pessoa (Brasil, 1990). No entanto, na prática, a universalidade enfrenta obstáculos quando há barreiras estruturais e culturais que dificultam o acesso aos serviços para essa comunidade (Melo *et al.*, 2020). A discriminação e o preconceito, tanto por parte de profissionais de saúde quanto no ambiente dos serviços, podem desencorajar indivíduos LGBTQIAPN+ a buscar cuidados médicos necessários. A falta de treinamento e sensibilização sobre as necessidades específicas dessa população contribui para um atendimento desigual, comprometendo a efetividade da universalidade (Reis; Pereira, 2022).

Outro princípio é a equidade, que refere à necessidade de adaptar os serviços de saúde para atender às necessidades específicas de diferentes grupos, garantindo que cada

pessoa receba o cuidado necessário para alcançar um estado de saúde adequado. Para a população LGBTQIAPN+, a equidade exige a consideração de aspectos únicos relacionados à identidade de gênero e orientação sexual (Simões, 2018). Isso inclui a disponibilização de serviços especializados que abordem questões de saúde mental, cuidados hormonais e suporte psicológico, que são mais relevantes para essa comunidade (Clemente, 2019). A falta de políticas específicas e recursos adequados para lidar com essas necessidades resulta em desigualdades no atendimento. Programas de saúde pública e iniciativas educativas voltadas para a diversidade de gênero e sexualidade são essenciais para promover a equidade no acesso e na qualidade dos serviços prestados (Reis; Pereira, 2022).

A igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios, é um princípio fundamental do SUS que busca garantir que todos os indivíduos recebam um tratamento justo e não discriminatório (Art. 7º, IV, da Lei n. 8.080/1990) (Brasil, 1990). No contexto da população LGBTQIAPN+, isso significa que o atendimento deve ser fornecido de forma respeitosa e livre de julgamentos (Filipiack; Gaspodini, 2019). No entanto, a realidade contrasta com esse ideal. Estudos indicam que indivíduos LGBTQIAPN+ enfrentam desafios significativos, como a falta de reconhecimento do nome social, o tratamento inadequado e o estigma. Essas práticas não apenas violam o princípio de igualdade, mas também impactam negativamente a experiência de saúde dos pacientes e seu acesso aos serviços (Melo *et al.*, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar as políticas públicas de saúde e inclusão da diversidade sexual e de gênero, o que revelou ser um panorama complexo e desafiador no Brasil, principalmente em governos autoritários e com ideologias conservadoras e tradicionais. Em primeiro plano, ao identificar os atores envolvidos e as concepções de diversidade sexual e de gênero, evidencia-se a multiplicidade de vertentes sexuais e de identidades e experiências que compõem a população LGBTQIAPN+. Essa diversidade demanda um reconhecimento amplo e uma abordagem inclusiva que vá além das normativas

tradicionais, promovendo um ambiente onde todas as pessoas tenham seus aspectos constitutivos respeitados e valorizados.

A implementação de políticas públicas de saúde voltadas para esse público específico tem se mostrado uma arena de intenso debate entre forças democráticas e conservadoras. A democracia, com sua essência inclusiva, busca garantir direitos iguais e acesso universal aos serviços de saúde, enquanto o conservadorismo muitas vezes resiste a essas mudanças, baseando-se em argumentos morais e religiosos que visam manter normas tradicionais de gênero e sexualidade. Essa tensão é refletida na elaboração e execução das políticas de saúde, onde avanços significativos podem ser comprometidos por resistências ideológicas e políticas.

Na área do Sistema Único de Saúde (SUS), a análise das barreiras enfrentadas pela população LGBTQIAPN+ revela que, apesar de serem sujeitos de direito, muitos ainda encontram entraves em acessar serviços básicos de saúde de forma equitativa e respeitosa. A falta de capacitação dos profissionais de saúde, os preconceitos estruturais e a insuficiência de políticas específicas criam um cenário de exclusão, marginalização e vulnerabilidade. Essas barreiras não apenas comprometem a qualidade do atendimento, mas também violam princípios fundamentais de direitos humanos e agravam disparidades em saúde.

Dessa forma, para promover uma inclusão eficaz da diversidade sexual e de gênero no sistema de saúde, é imperativo um esforço conjunto que envolva a reformulação de políticas públicas, a capacitação contínua dos profissionais de saúde e a sensibilização da sociedade como um todo. Somente por meio de uma abordagem integrada e inclusiva será possível garantir que a população LGBTQIAPN+ tenha acesso a serviços de saúde de qualidade, que respeitem suas especificidades e promovam a equidade.

REFERÊNCIAS

ABADE, Erik Asley Ferreira; CHAVES, Sônia Cristina Lima; SILVA, Gisella Cristina de Oliveira. Saúde da população LGBT: uma análise dos agentes, dos objetos de interesse e das disputas de um espaço de produção científica emergente. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 30, p. e300418, 2020.

ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; DEL VECCHIO, Victor Antonio. Os Princípios de Yogyakarta e a proteção de direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e de identidade de gênero. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 113, p. 645-668, 2018.

ALMEIDA, Ana Isabella Sousa; RIBEIRO, José Mendes; BASTOS, Francisco Inácio. Análise da política nacional de DST/Aids sob a perspectiva do modelo de coalizões de defesa. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 27, n. 03, p. 837-848, 2022.

ALVES, Edhilson Dantas. A criação do programa Brasil sem homofobia: progressos e crítica. **Entropia**, v. 4, n. 8, p. 54-70, 2020.

ALVES, Felipe Laurêncio de Freitas; CRUZ, Wellisson Vilarinho; SOUSA, Arnaldo Vieira. Direitos Humanos e doação de sangue por homens-que-fazem-sexo-com-homens (HSH): análise do julgamento da ADI 5543/DF. **Revista de Direito**, v. 13, n. 1, p. 1-23, 2021.

ANDRADE, Gabriel Souto de. **Políticas públicas LGBT: quais os impactos da política “Brasil sem Homofobia” para a comunidade LGBTQIA+?** 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14932>. Acesso em 20 jul. 2024.

ANTUNES, Josiene Camelo Ferreira. Políticas públicas e legislações à população LGBT: última década. In: **Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra**. 2022.

ARAGUSUKU, Henrique Araújo *et al.* Estado, políticas sexuais e cidadania LGBT no Brasil pós-impeachment. **Rebeh-Revista Brasileira de Estudos da Homocultura**, v. 2, n. 4, p. 5-33, 2019.

BELMONTE, Laura. **LGBT+ na luta: avanços e retrocessos**. Tradução: Alcebiades Diniz Miguel. São Paulo: Contexto, 2024.

BEZERRA, Marcos Vinicius da Rocha *et al.* Política de saúde LGBT e sua invisibilidade nas publicações em saúde coletiva. **Saúde em Debate**, v. 43, n. spe 8, p. 305-323, 2019.

BORTOLOZZI, Remom Matheus. Mosaico de Purpurina: revisitando a História do Movimento LGBT no Brasil. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, p. 691-695, jul./set. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 23 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 2.803, de 19 de novembro de 2013**. Redefine e amplia o Processo Transsexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html. Acesso em: 23 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543/DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 11 mai. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344168708&ext=.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2024.

CAUMO, Bruna Lucas; CALAZANS, Márcia Esteves. Políticas públicas para a população LGBTI no Brasil. **Anais do Seminário Corpo, Gênero e Sexualidade**, p. 1-7, 2018.

CLEMENTE, Anselmo. Diálogos entre saúde mental e homossexualidade: Notas sobre produção de subjetividade, sofrimento e opressão. **Rebeh-Revista Brasileira de Estudos da Homocultura**, v. 2, n. 1, p. 42-58, 2019.

CRUZ NETO, João *et al.* Acesso e uso dos sistemas de saúde pela população LGBTQIAPN+ sob a ótica do cuidado biopsicossocial. **Revista Baiana de Saúde Pública**, v. 47, n. 3, p. 149-167, 2023.

DOMENE, Fernando Meirinho *et al.* Saúde da população LGBTQIA+: revisão de escopo rápida da produção científica brasileira. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 27, p. 3835-3848, 2022.

ELÍBIO JÚNIOR, Antônio Manoel; OLIVEIRA, Ricardo Alecsander de Queiroz. Apresentação: Dossiê “Direitos Humanos, história e ativismos LGBTQIAPN+ na contemporaneidade”. **Boletim do Tempo Presente**, v. 12, n. 07, p. 1-2, 2023.

ESTEVES, Brenner de Oliveira *et al.* Acolhimento da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros, queers, intersexuais, assexuais e demais orientações (LGBTQIA+) no sistema único de saúde: Preconceito e sofrimento. **Brazilian Journal of Health Review**, v. 4, n. 5, p. 22316-22330, 2021.

FERREIRA, Breno de Oliveira; NASCIMENTO, Marcos. A construção de políticas de saúde para as populações LGBT no Brasil: perspectivas históricas e desafios contemporâneos. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 27, n. 10, p. 3825-3834, 2022.

FILIPIACK, Isadora Cechin; GASPODINI, Icaro Bonamigo. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: revisão de literatura. **Persp Psicol**, v. 23, n. 2, p. 40-56, 2019.

GAMA, Maria Clara Brito da. Cura gay? Debates parlamentares sobre a (des)patologização da homossexualidade. **Sexualidad, Salud y Sociedad**, p. 4-27, 2019.

GASPODINI, Icaro Bonamigo; JESUS, Jaqueline Gomes de. Heterocentrismo e ciscentrismo: Crenças de superioridade sobre orientação sexual, sexo e gênero. **Revista Universo Psi**, v. 1, n. 2, p. 33-51, 2020.

GOMES, José Cleudo; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. A trajetória do movimento social pelo reconhecimento da cidadania LGBT. **#Tear: Revista de Educação, Ciência e Tecnologia**, v. 8, n. 1, 2019.

GOMES, Sávio Marcelino *et al.* O SUS fora do armário: concepções de gestores municipais de saúde sobre a população LGBT. **Saúde e Sociedade**, v. 27, n. 4, p. 1120-1133, 2018.

GONÇALVES, Maria Eduarda Sostag Ferreira *et al.* Políticas públicas de saúde para a comunidade LGBTQIAPN+ no Brasil: revisão bibliográfica. **Brazilian Journal of Health Review**, v. 7, n. 2, p. e67763-e67763, 2024.

GUIMARÃES, Rita de Cássia Passos. **Estigma e Diversidade Sexual nos Discursos dos(as) profissionais do SUS: desafios para a saúde da população LGBT**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/34523?mode=full>. Acesso em: 24 jul. 2024.

LIMA, Simone Alvarez. ADI 5.543/DF: Da Inconstitucionalidade da Proibição da Doação de Sangue por Homossexuais. **Revista da EMERJ**, v. 23, n. 1, p. 246-266, 2021.

LUCCA, Thadeu de Oliveira. **Política nacional de saúde integral à população LGBT, identidades e orientação sexual de pessoas trans: uma proposta de atualização do cadastro no prontuário hospitalar**. 2023. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/30791/TCCE_EG_2023_%20LUCCA_THADEU.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 20 jul. 2024.

LUNA, Naara. Conservadorismo na política no governo Bolsonaro: novas articulações, valores religiosos e pauta de costumes. **Cultura y religión**, v. 17, 2023.

MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. **Cadernos pagu**, p. 403-429, 2012.

MELO, Dayana Souza de.; SILVA, Bianca Luna da.; MELLO, Rosâne. A sintomatologia depressiva entre lésbicas, gays, bissexuais e transexuais: um olhar para a saúde mental. **Revista Enfermagem UERJ**, v. 27, p. 1-8, 2019.

MELO, Izabella Rodrigues *et al.* O direito à saúde da população LGBT: desafios contemporâneos no contexto do Sistema Único de Saúde (SUS). **Revista Psicologia e Saúde**, p. 63-78, 2020.

MELO, Jean Carlos Leal Carvalho et al. Acesso de Pessoas LGBTQIAPN+ aos serviços de saúde na Atenção Primária em Saúde. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**, v. 24, n. 1, p. e14781-e14781, 2024.

MONTEIRO, Ana Lucia; VILLELA, Wilza Vieira. A criação do Programa Nacional de DST e Aids como marco para a inclusão da idéia de direitos cidadãos na agenda governamental brasileira. **Revista Psicologia Política**, v. 9, n. 17, p. 25-45, 2009.

MORAIS, Argus Romero Abreu de; LOPES, Luiz Paulo da Moita. “Virada moral” e entextualização do homossexual como pedófilo em falas de Bolsonaro no congresso (2000 a 2018). **Revista de Linguística**, São José do Rio Preto, v. 68, p. e17547, 2024.

MUNIZ, Carolina Gonçalves; BRITO, Cláudia. O que representa o diagnóstico de HIV/Aids após quatro décadas de epidemia? **Saúde em Debate**, v. 46, n. 135, p. 1093-1106, 2022.

NOGUEIRA, Francisco Jander de Sousa; ARAGÃO, Thalia Ariadne Peña. Política Nacional de Saúde Integral LGBT: o que ocorre na prática sob o prisma de usuários(as) e profissionais de saúde. **Saúde e pesquisa**, v. 12, n. 3, p. 463-470, 2019.

OLIVEIRA, Daniel Canavese de. Representatividade da população LGBTQIA+ nas pesquisas epidemiológicas, no contexto da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais: ampliar a produção de conhecimento no SUS para a justiça social. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, v. 31, n. 1, p. e2022020, 2022.

PATROCINO, Laís; NOLASCO, Taís Moraes; VIANA, Joane Victória Bastos. Saúde LGBTQIAPN+. **Expressa Extensão**, v. 29, n. 2, p. 7-15, 2024.

PEREIRA, Gerson Fernando Mendes *et al.* HIV/aids, hepatites virais e outras IST no Brasil: tendências epidemiológicas. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, v. 22, p. e190001, 2019.

PEREZ, Olivia Cristina; SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Políticas públicas em âmbito federal para a população LGBTQIA+: do projeto participativo ao autoritário. **Simbiótica Revista Eletrônica**, v. 10, n. 2, p. 12-30, 2023.

QUINALHA, Renan. **Os direitos LGBT sob o governo Bolsonaro**. 2019. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/os-direitos-lgbt-sob-o-governo-de-bolsonaro>. Acesso em: 24 jul. 2024.

QUINALHA, Renan. **Movimento LGBTI+**: uma breve história do século XIX aos nossos dias. Belo Horizonte: Autêntica, 2022.

REIS, Gabriel; PEREIRA, Ednéia de Fátima. Políticas públicas para a população LGBT. **Research, Society and Development**, v. 11, n. 15, p. e466111537617-e466111537617, 2022.

SANTOS, Manoel Antônio *et al.* Transexualidade, ordem médica e política de saúde: controle normativo do processo transexualizador no Brasil. **Estudos Interdisciplinares em Psicologia**, v. 10, n. 1, p. 3-19, 2019.

SILVA, Amanda Camargo Marques *et al.* A dignidade humana: uma análise a partir de Kant e Sartre. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, v. 24, n. 1, 2021.

SILVA, Anabella Pavão da; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. Breves compreensões sobre as “cores” da diversidade sexual e de gênero: situando o serviço social. **Temporalis**, v. 19, n. 37, p. 102-117, 2019.

SILVA, Elder Luan Santos. Neoconservadorismo e Ofensivas antigênero no Brasil: A mobilização da “Ideologia de Gênero” e a produção de LGBTfobias no Governo Bolsonaro. **Revista Brasileira de Estudos da Homocultura**, v. 4, n. 14, p. 331-363, 2021.

SILVA, Luan Layzon Souza; LEITE JÚNIOR, Francisco Francinete; NASCIMENTO, Isaac Marlon Vasconcelos. Saúde mental e o cuidado à população LGBTQIAPN+: orientação sexual e diversidade de gênero como determinantes sociais da saúde. **Revista Sustinere**, v. 11, n. 1, p. 167-190, 2023.

SIMÕES, Júlio Assis. Antropologia e diversidade sexual e de gênero no Brasil: tramas de políticas e saberes. **A antropologia e a esfera pública no Brasil: perspectivas e Res Severa Verum Gaudium**

prospectivas sobre a associação brasileira de antropologia no seu 60º aniversário, p. 433-448, 2018.

SIMPSON, Keila; BENEVIDES, Bruna. 20 anos de Visibilidade Trans, do Luto à luta! **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, v. 33, p. e2024034, 2024.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MACHADO, Robson Aparecido. A proteção dos direitos humanos LGBT e os princípios consagrados contra a discriminação atentatória. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 6, n. 11, p. 167-201, 2018.

SOUSA, Carlos Augusto Alves de; MENDES, Diego Costa. Políticas públicas para a população LGBT: uma revisão de estudos sobre o tema. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 19, n. spe, p. 642-655, 2021.

VIEGAS, Maria Eduarda de Oliveira *et al.* Além da tolerância: abordando disparidades de saúde na população LGBTQIAPN+. **Brazilian Journal of Health Review**, v. 7, n. 1, p. 2645-2654, 2024.

VIGANO, Samira de Moraes Maia; LAFFIN, Maria Hermínia Lage Fernandes. Gênero e Sexualidade: concepções e discussões acerca da educação. **Revista Espaço do Currículo**, v. 12, n. 1, 2019.

ENSINO JURÍDICO NO PRINCIPADO ROMANO (27 A.C. – 285) A PARTIR DAS DUAS ESCOLAS RIVAIS E DA EVOLUÇÃO DA *IURISPRUDENTIA*

LEGAL EDUCATION IN THE ROMAN PRINCIPATE (27 BCE – 285) FROM THE TWO RIVAL SCHOOLS AND THE EVOLUTION OF IURISPRUDENTIA

Vitor Flores Pereira¹

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a evolução da fonte jurídica da *iurisprudentia* romana (interpretação sistematizada do Direito, ora denominada ciência jurídica), em especial o contexto histórico e político no qual chegou a *iurisprudentia* e que pôde proporcionar o surgimento do fenômeno das escolas jurídicas atuantes no período do Principado Romano (27 a.C. – 285), apontando suas principais divergências quanto à filosofia e ao método. Partindo de uma concisa apresentação realizada para o grupo de estudo “Sistema Jurídico Romanístico e Substema Latino-Americano”, em atividade na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, apresentou-se o tema do dualismo que marcou o primeiro século do Império Romano e transformou a ciência jurídica quanto ao ensino e à educação dos juristas. A pesquisa bibliográfica foi aqui expandida e aprofundada, dando lugar a um artigo que pretende compreender o legado das duas escolas e contribuir para a difusão, em língua portuguesa, do conhecimento sobre a existência, atuação e impacto de tais escolas no Direito Romano, bem como seu papel em sua constante evolução, sendo esta a sua principal relevância.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Romano – Sabinianos – Proculianos – Ensino jurídico romano – *Iurisprudentia*.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Antecedentes ao Principado quanto à *iurisprudentia*. 1.1 Realeza e o Colégio dos Pontífices. 1.2 Declínio da *Iurisprudentia* Pontifical e da *Iurisprudentia* Nova, Laica e Secular. 1.3 *Iurisprudentia* clássica e a influência grega. 2 Escolas rivais e seus ilustres juristas. 2.1 Sabinianos ou Cassianos. 2.2 Proculianos ou Pegasianos. 2.3 Pontos de divergência e fim da rivalidade. 3 A origem do Direito e a sucessão dos prudentes em D. 1. 2. 2. Conclusão. Referências.

REFERÊNCIA: PEREIRA, Vitor Flores. Ensino jurídico no Principado Romano (27 a.C. – 285) a partir das duas escolas rivais e da evolução da *Iurisprudentia*. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 145-172, ago. 2025.

ABSTRACT

his present work's goal is to study the evolution of the legal source of Roman iurisprudentia (systematized interpretation of Law, hereby called as legal science), particularly the historical and political context in which iurisprudentia arrived and could provide the emergence of the phenomenon of those active legal schools in the Roman Principate (27 BCE – 285) period, pointing out their main differences regarding philosophy and method. Originally coming from a concise presentation made to the study group “Roman Legal System and Latin-American Subsystem”, that has been in activity at the Faculty of Law of the Federal University of Rio Grande do Sul, the subject of dualism that marked the first century of the Roman Empire and transformed legal science in matter of teaching, education of jurists was presented. The bibliographical research was hereby expanded and deepened, giving rise to an article that aims to understand the legacy of the two schools and their contribute to the dissemination, in Portuguese, of knowledge about the existence, performance and impact of such schools in Roman Law, as well as its role in Roman Law's constant evolution, this being its main relevance.

KEYWORDS

Roman Law – Sabinians – Proculians – Roman legal education – Iurisprudentiae.

INTRODUÇÃO

O presente artigo nasce a partir de uma apresentação expositiva, destinada ao grupo de estudos Sistema Jurídico Romanístico e Subsistema Latino-Americano², qual esteve em atividade na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 2024. Este grupo almejou explorar, por meio da perspectiva histórico-comparada, o legado do sistema romanístico e a sua comunicação com um eventual subsistema latino-americano, cujas características e principais instituições são transmitidas por meio da herança histórica e cultural ao longo dos séculos de transformações no continente.

Em especial, tratou-se de explorar a temática do ensino jurídico enquanto conjunto de práticas atinentes à discussão das situações que envolvem o cotidiano e a vida dos cidadãos, como forma de buscar “respostas” a estas situações pontuais, na forma de pareceres, razão pela qual a formulação de tais respostas, ora fornecidas pelos prudentes, torna-se fonte jurídica relevante ao início do período histórico delimitado. Daí, em uma ótica de evolução desta fonte jurídica, a *iurisprudentia*³, somadas aos fatores de ordem interna e externa ao mundo romano, há que se falar no surgimento das escolas e em uma posterior divisão dos juristas, prudentes, a alguma dessas escolas de pensamento rivais.

Neste sentido, o objetivo deste trabalho é o de indagar e buscar uma resposta comum às divergências filosóficas e metódicas das duas escolas que atuaram no Principado Romano (27 a.C. – 285) e construíram o pensamento jurídico e a *iurisprudentia* vigente à época clássica, bem como seu legado para o Direito Romano e para o sistema jurídico romanístico, de modo que, para tanto, faz-se necessário percorrer a evolução da *iurisprudentia* desde a Realeza (753/754 a.C. – 509 a.C.) até o Principado, excluindo-se desta apreciação o período do Dominato (285-565). A relevância do trabalho consiste em promover um artigo que

² Orientado pela Prof. Dr.^a Dalva Carmem Tonato, teve seu encontro inaugural em 29/11/2023 e explorou a temática do sistema jurídico romanístico com base na leitura “As Características do Sistema Jurídico Romanístico”, de Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo. O subsistema latino-americano, foco da leitura supramencionada, caracteriza-se por uma conexão direta com princípios do Direito Romano comum, sempre evocados como fonte de interpretação do direito e de integração do ordenamento jurídico, e de características marcadamente universalistas, ao contrário do espírito nacionalista que permeia o subsistema jurídico europeu, e destacando-se uma tradição jurídica que exalta o papel da doutrina, reafirmando-se o papel da *responsa prudentium* (GOMES DE ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos. As Características do Sistema Jurídico Romanístico. In: SCHIPANI, Sandro; GOMES DE ARAÚJO, Danilo Borges (org.). **Sistema Jurídico Romanístico e Subsistema Jurídico Latino-Americano**. São Paulo: FGV Direito, 2015. p. 15).

³ “Jurisprudência (*iurisprudentia*) é o conhecimento das coisas divinas e humanas e a ciência do justo e do injusto” (D. 1. 1. 10. 2). Além do estudo e desenvolvimento da ciência do Direito, por meio das “respostas daqueles a quem foi permitido constituir o Direito” (G. 1. 7), os prudentes também realizavam consultas públicas, gratuitas, não só a assuntos jurídicos, mas também voltados a questões sobre situações pontuais da vida, como o casamento de uma filha e compra de um imóvel, conforme descrito por PORCHAT (PORCHAT, Reynaldo. **Curso Elementar de Direito Romano**, vol. I. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1937. p. 207).

contribua para a difusão do assunto, em língua portuguesa, refletindo na produção futura de outros trabalhos neste mesmo escopo. Aqui, prezou-se pela análise de fontes primárias que permitem perceber o método dos juristas romanos e sua produção no campo da ciência jurídica, como as obras de Gaio e do imperador Justiniano⁴, bem como a bibliografia de romanistas modernos que, com seus respectivos entendimentos, constroem a perene ciência romanística.

Primeiramente, é necessário entender o Direito Romano enquanto sistema⁵ jurídico romanístico. Este sistema é aberto⁶, marcado pela constante atuação e diálogo entre suas fontes⁷, construído e aperfeiçoado pela *scientia iuris*⁸, fonte ora denominada *iurisprudentia*.⁹ A *iurisprudentia* surge a partir do nascimento do Direito próprio de um povo, desenvolvido

⁴ Como referência das fontes primárias citadas, de Justiniano e de Gaio, foram utilizadas, respectivamente: JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Digesto, Livro I**. Tradução: Edilson Alkimim Cunha. Brasília: TRF1, Esmafe, 2010; GAIUS. **Gai Institutionum Comentário**. Tradução: Dárcio R. M. Rodrigues. 2. ed. São Paulo: YK Editora, 2021. As referências a trechos da primeira encontram-se precedidas por D (Digesto), enquanto as da segunda, por G (Gaio).

⁵ Para Losano, muito embora o termo “sistema” não tenha sido explorado pelas fontes latinas clássicas, motivo pelo qual sua conceituação requer cautela, os juristas romanos empenharam colocar certa ordem na exposição de matérias: a exemplo, a tripartite gaiana em *personae*, *res* e *actiones*, qual teria sido reproduzida pela obra homônima de Justiniano. Tal estrutura compõe uma noção de sistema que lhe é própria, e que teria sido observada quando da formulação dos trabalhos codificatórios francês (1804), austríaco (1811) e italiano (1865) (LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito, vol. I**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 22-25). Eis o porquê de se falar em “sistema” jurídico romanístico, tão logo se aproxime ao conceito de Celso, admitindo-se, assim, tradução da definição de Direito como o “sistema do bom e do justo”, a partir daquela exposta em D. 1. 1. 1pr, em sendo o Direito “*ars boni et aequi*”, a “arte do bom e do justo”, ou mesmo “arte do bom e do equitativo” (GOMES DE ARAÚJO, Danilo Borges. *op. cit.* p. 19). Neste ponto, diverge-se quanto ao uso do termo “justo” para traduzir “*aequi*”, uma vez que “*ius*” acentua mais a harmonia com o Direito concreto e vive nas suas instituições, enquanto “*aequum*” acentua a conformidade com a Justiça ponderada e distributiva (KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução: S. Rodrigues e F. Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.).

⁶ O Direito Romano foi um sistema aberto desde sua fundação até o ano 138, e assim o foi no sentido de que suas fontes operam para corrigi-lo e aperfeiçoá-lo constantemente em sua evolução, conforme demonstrado no estudo destas fontes, desde a fundação da Cidade até o período de Justiniano, com a codificação e sistematização máxima a que levou a publicação do *Corpus Iuris Civilis* no século VI (GUARINO, Antonio. **Diritto Privato Romano**. Napoli: Jovene, 1963. p. 106).

⁷ Conforme acentuado, o Direito Romano não pode ser analisado senão pelo estudo histórico de suas fontes. Uma fonte é, tal qual a nascente de um rio, donde brota seu conteúdo. A ideia de fonte aplicada ao Direito e às ciências históricas diz respeito a tudo aquilo que nos fornece informações sobre o seu período e são reveladoras de alguma coisa sobre si (CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 36). Nesse sentido, para entender as rivalidades das duas escolas, constitui fator *sine qua non* lançar o olhar à evolução da *iurisprudentia*, fonte do Direito Romano por todo o período do Direito Clássico romano, sendo tais escolas produto do desenvolvimento do Direito e de sua ciência até o período aqui delimitado.

⁸ Vocábulo extraído de D. 1. 2. 2. 35: “*Iuris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt; sed qui eorum maximae dignationis apud populum Romanum fuerunt, eorum in praesentia mentio habenda est, ut appareat, a quibus et qualibus haec iura orta et tradita sunt*” [“Muitas e ilustres figuras dedicaram-se à ciência do direito civil; mas devem ser aqui mencionados aqueles que gozaram de maior estima do povo romano, para assim se conhecer de quem e de quais méritos veio e foi transmitido o saber jurídico”].

⁹ Ou “jurisprudência”, termo comumente encontrado nos materiais bibliográficos percorridos, no âmbito desta pesquisa, mas que aqui será descartado, uma vez que ater-se ao termo original, constante do Digesto e demais fontes primárias romanas, possibilitará uma visão sistemática mais apropriada ao intuito resgatador deste artigo.

suficientemente para ser interpretado, de modo que os seus intérpretes, os jurisconsultos, são pessoas que lograram formação propriamente jurídica e que, no âmbito do Direito Romano, são responsáveis pela evolução da *iurisprudentia*, evidenciando a relação das fontes jurídicas com seus respectivos operadores.

Se o Direito surge da consciência do povo, o que Savigny¹⁰ chama de “espírito nacional”, o seu desenvolvimento atingiu um ponto tal que o conhecimento e formação jurídica tornaram-se, a certa altura, ao alcance de todos, permitindo o desenvolvimento de uma ciência jurídica; desta ciência, nasce a classe dos jurisconsultos.¹¹ A ciência jurídica, dividida em teoria (livros e doutrinas) e prática (uso nos tribunais) é o “direito científico”¹²; para além da transmissão do conhecimento, que contribui para a formação jurídica dos futuros juristas, alcançou-se também o próprio desenvolvimento e aperfeiçoamento do Direito Romano por meio da interação entre suas fontes e os operadores.¹³

Em segundo plano, e tendo a *iurisprudentia* romana evoluído de tal modo que esta ciência, outrora exclusiva do colegiado pontifical, sigilosa, tal qual um “segredo de Estado”, nas palavras de Rudolph von Jhering¹⁴, tornou-se ao alcance de particulares, recebendo influência externa, sobretudo da civilização grega, e consagrando-se, assim, a *iurisprudentia* do período Clássico, a qual possibilitou o surgimento das escolas aqui trabalhadas sob esta luz. Daqui, portanto, nasceu a ideia de explorar as divergências dos sabinianos e proculianos, no âmbito do Direito Romano clássico e do período do Principado, bem como sua inevitável relação com a evolução da *iurisprudentia* romana e suas diferentes fases ao longo da História de Roma, chegando-se, assim, a este artigo.

Não seria possível o advento das escolas se não fosse o caráter privado e orgânico do ensino e da formação jurídica, em um percurso que compreendeu o período desde a fundação de Roma até o Principado. Inicialmente, nas mãos do Colégio dos Pontífices, na Realeza e

¹⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. 2. ed. Tradução: Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 2004. p. 72.

¹¹ *Id.*, *ibid.* p. 87.

¹² *Id.*, *ibid.* p. 89.

¹³ O Direito Romano “atual”, nomenclatura dada ao estudo em perspectiva histórica da ciência jurídica romanística, é o conjunto de instituições transmitidas através do tempo e espaço, cujas origens remontam à atuação e ao método dos juristas romanos e que permanecem em vigor na legislação atual de países descendentes do sistema jurídico romanístico. Nesta linha, o Direito Romano veio a se tornar um direito comum no continente europeu por toda a Idade Média; a compilação justinianeia, difundida na Europa durante o período medieval, em especial pelo trabalho da Universidade de Bologna, tornou-se universal quanto à teoria e prática jurídicas (SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. 2. ed. Tradução: Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 2004. p. 100) e assim permaneceu até o movimento das codificações no século XIX, fator que enseja seu estudo na contemporaneidade a partir dos elementos históricos que deixaram seu rastro ao longo da História.

¹⁴ JHERING, Rudolph von. **O Espírito do Direito Romano, vol I**. Tradução: Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. p. 212.

meados da República, o ensino do Direito tornou-se público em finais do século IV a.C., possibilitando a formação jurídica de particulares que viriam a se tornar mestres, inaugurando a *iurisprudentia* laica, secular e privada. A partir da sistematização e da continuidade do pensamento de determinados juristas, de quem emanava a produção jurídica, somadas à influência helênica introduzida no Direito Romano, quebrou-se o antigo método formalista e a *iurisprudentia* passou a se atentar a questões morais e filosóficas, desenvolvendo os pressupostos jurídicos basilares à prática jurídica no período clássico.

Com esses elementos, surgiram, no período do Principado, as escolas, de modo que as diferenças, agora tão acentuadas, deram origem a grupos distintos de cultores do Direito e cujos membros seguiam a orientação de diferentes chefes¹⁵, a saber: os sabinianos e os proculianos, aqui trabalhados à luz da evolução da ciência jurídica romana, como já acentuado.

A dos sabinianos, favoráveis à manutenção do conhecimento que lhes foi deixado pela tradição, em uma concepção de um Direito que se pretende imutável, em face ao espírito reformador dos proculianos, os quais aceitam as transformações no campo jurídico a partir da prevalência dos costumes. A divergência quanto à concepção do Direito por parte dos juristas pertencentes às duas escolas transcorreu o período do Principado até meados do século II, em que se findam as divergências frente a uma unificação da *iurisprudentia*, mas os sabinianos e proculianos lograram deixar suas marcas no Direito Romano, no momento em que Justiniano aceita a teoria ora sabiniana, ora proculiana, perpetuando, assim, estes juristas no *Corpus Iuris Civilis* e, por conseguinte, no sistema jurídico romanístico.

1 ANTECEDENTES AO PRINCIPADO QUANTO À *IURISPRUDENTIA*

A evolução da notável fonte jurídica e histórica da *iurisprudentia* demonstrou diversas transformações ao longo das fases históricas de Roma. Inicialmente, na Realeza, cabia ao Colégio dos Pontífices as consultas e a interpretação das leis, o que viria a se tornar o *ius civile* romano; a atividade do colegiado era sigilosa, de modo que a quebra progressiva deste sigilo tornou público o ensino do Direito.¹⁶ Daí, a *iurisprudentia*, enquanto conjunto de lições e conhecimento acerca do Direito e das leis, passou a ser atividade dos particulares em

¹⁵ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 103.

¹⁶ D. 1. 2. 2, “Da origem do Direito e de todas as magistraturas e da sucessão dos jurisconsultos”.

meados da República, uma vez que a formação jurídica tornou-se alcançável aos interessados, bem como a função de dar consultas públicas e emitir pareceres. Separada da atividade pontifical, esta *iurisprudentia*, laica no sentido de ser afastada do monopólio da casta sacerdotal, é fortemente privada e assim continua no Principado, quando da divisão em escolas rivais, com a diferença de serem estas instituições estáveis e distintas da organização durante a fase republicana.¹⁷

Chegando, finalmente, ao período do Principado, em que, sendo um período de transição entre a República e a monarquia absoluta, encontramos um expressivo número de fontes do Direito.¹⁸ Ainda, a qualidade dos juristas particulares em questões de partes litigantes do processo não foi abandonada à época de Augusto, porém este introduziu o *ius respondendi ex auctoritate principis*¹⁹, concedendo a alguns juristas uma patente, chancela oficial, sob a qual as respostas destes juristas passariam a ter maior autoridade do que os sem o *ius publice respondendi*.²⁰

Nesse sentido, é contrastante a autonomia que o jurista republicano apresentava em relação à política e ao poder se comparado com o período do Principado, fato que viria a ser base para o pensamento dos sabinianos e dos proculianos, conforme veremos na seção destinada às divergências entre as duas escolas, isto é, do debate acerca da manutenção ou da rejeição ao direito republicano, tradicional. Mais ainda, convém anotar: foi precisamente o contexto de prestígio dos dois fundadores das escolas, ambos agraciados com o *Ius Publice Respondendi*, que os juristas posteriores viriam a dividir-se entre as duas escolas, de modo que foram unicamente os juristas agraciados com esta patente que construíram a literatura jurídica (*iurisprudentia*) clássica.²¹

¹⁷ BRETONE, Mario. **História do Direito Romano**. Lisboa: Estampa, 1990. p. 192.

¹⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 45.

¹⁹ Sem tocar na liberdade da atividade jurídica, isto é, na produção de escritos voltados à ciência jurídica, Augusto concedeu a alguns juristas o privilégio de dar ditames e pareceres *ex auctoritate principis*, de modo que a autoridade destes juristas agraciados com tal honraria aumentava na medida em que atrelava-se a ela a autoridade do próprio *princeps*, uma vez que a figura do imperador naturalmente destacava o prestígio social e político dos prudentes com tal patente. Ocorre que, conforme Pompônio (D. 1. 2. 2. 49), Augusto estatuiu que os pareceres oficiais deveriam ter sua chancela, de modo que só poderiam ser trazidos aos tribunais as respostas daqueles agraciados com o *Ius Publice Respondendi*, indicando uma influência direta e sistemática na administração da Justiça (KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho Romano**. Tradução: Juan Miguel. Barcelona: Ariel, 1966. p. 114). Entretanto, e tendo maior prestígio aqueles juristas “oficiais”, a produção jurídica não dependia unicamente da chancela imperial e poderia ser feita por qualquer um com conhecimento, conforme o mesmo D. 1. 2. 2. 49, e, caso os pareceres fossem concordes, teriam força de lei; caso contrário, os juízes poderiam usar aquele que lhes parecesse mais acertado (NÓBREGA, Vandick Londres da. **História e Sistema do Direito Privado Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959. p. 89).

²⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 39.

²¹ JÖRS, Paul. **Direito Privado Romano**. Tradução: L. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 36.

1.1 Realeza e o Colégio dos Pontífices

No primitivo período da Realeza Romana (753/754 a.C. – 509 a.C.), entre a fundação da cidade e a expulsão do sétimo e último *rex*, Lucius Tarquinius Superbus, a sociedade romana, tal qual a dos demais povos primitivos, regia-se majoritariamente pelo costume, havendo, ainda, as leis.²² Estas leis não eram destinadas à coletividade, e sim aos particulares, voltadas principalmente à resolução de conflitos entre os *patres* da cidade^{23/24}, de modo que o pronunciamento e a interpretação destas leis produziam a *iurisprudencia*, ciência do Direito.²⁵ Ao Colégio dos Pontífices coube, por toda a Realeza e boa parte da República, o monopólio do poder-dever de dizer as leis e a interpretação destas, sendo os pontífices os primeiros analistas e os primeiros juristas de Roma.²⁶

Ademais, consagra este monopólio dos pontífices sobre a interpretação das leis um caráter religioso²⁷, de natureza e origem sacerdotal: as leis eram um ato religioso, inspirado ou, ainda, permitido pelos deuses.²⁸ Em Roma, a origem do Direito (*ius*) mantém uma estreita relação com as normas provenientes da religião (*fas*)²⁹, mas estas separam-se rapidamente, tal qual o “ar frio e pesado separa-se do ar quente e leve”, nas palavras metafóricas de Giovanni Pacchioni.³⁰ Vale, ainda, ressaltar que, apesar de o *rex* cumular funções religiosas, a Realeza Romana era laica³¹, de modo que o *rex* não dispunha do poder de dizer o Direito (*ius dicere*), mas sim de dar o Direito (*ius dare*)³²; aquele poder, por sua vez, pertenceria aos pontífices até

²² MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 12.

²³ Na literatura jurídica da era imperial, menciona-se a existência de leis de aplicação geral, denominadas leis régias (*leges regiae*), que teriam sido publicadas durante o período da Realeza e compiladas pelo primeiro *pontifex maximus* da República, Sexto Papírio, tendo recebido o nome de *ius Papirianum* (CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 38); ocorre que tais leis, presume-se, eram regras extraídas dos arquivos dos pontífices, procedentes de finais da República ou época posterior (JÖRS, Paul. **Direito Privado Romano**. Tradução: L. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 4).

²⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 37.

²⁵ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**, vol. I. Milano: Giuffrè, 1958. 4. ed. p. 273.

²⁶ RICCOBONO, Salvatore. **Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1949. p. 46.

²⁷ A própria definição de Ulpiano em D. 1. 1. 10. 2 quanto à *iurisprudencia* (“conhecimento das coisas divinas e humanas”) aplica-se à jurisdição do Colégio dos Pontífices, de modo que seu papel ia de encontro às coisas divinas e humanas (RICCOBONO, Salvatore. **Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1949. p. 44).

²⁸ DECLAREUIL, Joseph. **Roma y la Organización del Derecho**. Barcelona: Cervantes, 1928. p. 22.

²⁹ PACCHIONI, Giovanni. **Corso di Diritto Romano**, vol. I. 2. ed. Torino: Unione Torinese, 1918. p. 53.

³⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 54.

³¹ A partir da separação entre as normas jurídicas e as normas religiosas, foi afirmando-se uma das características mais salientes do sistema jurídico romano, a laicidade – característica essa que veio a ser um principal diferenciador do sistema jurídico romano de outros, como é o caso do Direito Canônico (PACCHIONI, Giovanni. **Corso di Diritto Romano**, vol. I. 2. ed. Torino: Unione Torinese, 1918. p. 54).

³² GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 81.

ser transferido ao pretor³³, novo titular da jurisdição a partir da República e do período do Direito Pré-Clássico.

A etimologia da palavra *pontifex* remonta à figura de um “construtor de pontes” (*pontem facere*), e o colegiado teria sido introduzido pelo segundo *rex* romano, Numa Pompilius³⁴, conectando o início da atividade sacerdotal dos pontífices às origens de Roma. As funções do Colégio dos Pontífices eram práticas e consistiam em conhecer e em pronunciar a lei, bem como em providenciar a interpretação desta, sendo este Colégio o detentor da *iurisprudentia*.³⁵ Ia além de funções estritamente jurídicas o papel do colegiado: eram eles os responsáveis pelos calendários e pela divisão dos dias em *fastos* e *nefastos*, isto é, dos dias propícios e não propícios à realização das ações^{36/37}, dentre outras funções de natureza sacra e religiosa.

A atividade dos pontífices para pronunciar a lei e fazer ecoar seu poder era marcado por um rigoroso formalismo, característico da *iurisprudentia* primitiva. Acreditava-se que tudo em uma relação jurídica dependia do emprego das palavras adequadas; somente pelo pronunciamento da fórmula correta poder-se-ia fazer as divindades vincular ou desvincular os homens em uma relação.^{38/39} A interpretação da Lei das XII Tábuas seguiu este espírito do formalismo da época primitiva e pôde lançar ao campo jurídico romano o desenvolvimento de importantes pontos do *ius civile*⁴⁰, com base em um poder de criação que, originado pela interpretação das leis, ia de encontro ao formalismo dos processos solenes, gerando institutos tradicionais e reconhecidos do Direito Romano.

³³ D. 1. 2. 2. 27: “Sendo os cônsules obrigados a se retirar da cidade por causa de guerras com os vizinhos e não ficando nela quem pudesse administrar a Justiça, foi preciso criar-se um ‘pretor’, chamado ‘urbano’ por administrar a Justiça na cidade”. Até então, o Colégio dos Pontífices acumulava a *iuris dictio* e a *iurisprudentia*; em 367 a.C., a *iuris dictio* passaria aos pretores, com a criação desta magistratura.

³⁴ GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di Storia del Diritto Romano*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1955. p. 46.

³⁵ D. 1. 2. 2. 6: “[...] Contudo, a ciência destas leis e da sua interpretação e a fixação das ações pertenciam ao Colégio dos Pontífices; destes, cada ano nomeava-se um para administrar justiça aos particulares. Este costume foi observado durante cerca de cem anos pelo povo”.

³⁶ Tome-se como exemplo da presença da religião na administração em Roma durante os tempos primitivos: o calendário não era regulado pelas fases da lua, nem pelo curso aparente do sol; era-o apenas pelas leis da religião, leis misteriosas que só os padres (pontífices) conheciam. O calendário era apenas a sucessão de festas religiosas, por isso era estabelecido pelos padres. No primeiro dia do mês, o pontífice, depois de ter oferecido um sacrifício, convoca o povo e diz quais as festas que haveria durante o mês. (COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução: Sousa Costa. Lisboa: Clássica Editora, 1911. p. 279).

³⁷ DE FRANCISCI, Pietro. *Storia del Diritto Romano*, vol. I. Milano: Giuffrè, 1943. p. 400.

³⁸ Na era arcaica, a palavra era performativa: ao se dizer “eu prometo”, por exemplo, criava-se a promessa. Aplica-se aos processos formais e solenes, em que tais formalidades eram essenciais à concretização dos negócios jurídicos (LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O Direito na História*. 7. ed. Barueri: Atlas, 2023. p. 25).

³⁹ KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano*. Tradução: Juan Miguel. Barcelona: Ariel, 1966. p. 106.

⁴⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 39.

Bem se exemplifica o poder criativo dos pontífices quanto ao desenvolvimento do Direito o próprio processo de emancipação (*emancipatio*) de um filho (*filiusfamilias*), importante instituto do Direito de Família: trata-se de um processo formal e solene em que o pai (*paterfamilias*) deve efetuar a ‘venda’ de seu filho três vezes seguidas, assim abdicando de sua autoridade sobre ele.⁴¹ Tal instituto do Direito Romano só pôde alcançar este nível de desenvolvimento a partir do poder de criação dos pontífices, decorrente da interpretação da norma contida na Lei das XII Tábuas, vale dizer, uma vez que a finalidade original era a de limitar o lucro da venda do filho ao estabelecer que, em ultrapassando o limite de três vendas, o pai perderia sobre sua prole o seu poder.⁴²

1.2 Declínio da *Iurisprudentia* Pontifical e a *Iurisprudentia* Nova, Laica e Secular

Começou a progressivamente colapsar o tradicional monopólio jurídico do Colégio dos Pontífices em meados da República Romana (509 a.C. – 27 a.C.), com a própria Lei das XII Tábuas retirando dos sacerdotes o poder sobre determinadas questões. Em 304 a.C., Gneu Flávio, secretário de Appio Claudio, responsável por reduzir as ações da lei a fórmulas, tornou público este livro das ações, o *liber actionum*⁴³, sendo esta a primeira tentativa de exposição completa do *ius civile*.⁴⁴

Por fim, na mesma época, teve máxima expressão a vulgarização e secularização do Direito quando Tibério Coruncânio, plebeu investido no cargo de *pontifex maximus* entre os anos 254 a.C. a 243 a.C.⁴⁵, cargo máximo do Colégio dos Pontífices, tornou públicos os ditames e as respostas ao tomar notas e publicar seu *commentarium pontificum*⁴⁶, iniciando, desta forma, um ensino público do Direito – no sentido de não mais ser restrito ao Colégio dos Pontífices e permanecer à disposição de populares, que puderam versar-se na área jurídica e dar início à atividade consultiva pública.⁴⁷

⁴¹ Tábua IV, 3: “Se um pai puser um filho à venda três vezes, o filho estará livre do poder pátrio” (“*Si pater filium ter venum du(it), filius a patre liber esto*”) (MEIRA, Sílvio A. B. **A Lei das XII Tábuas**: Fonte do Direito Público e Privado. Belém: Edições CEJUP, 1989. p. 170).

⁴² KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho Romano**. Tradução: Juan Miguel. Barcelona: Ariel, 1966. p. 40.

⁴³ ARANGIO-RUIZ, Vicente. **Historia del Derecho Romano**. Madrid: Editorial Reus, 1943. p. 150.

⁴⁴ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**, vol. I. Milano: Giuffrè, 1958. 4. ed. p. 276.

⁴⁵ PACCHIONI, Giovanni. **Corso di Diritto Romano**, vol. I. 2. ed. Torino: Unione Torinese, 1918. p. 63.

⁴⁶ ARANGIO-RUIZ, Vicente. **Historia del Derecho Romano**. Madrid: Editorial Reus, 1943. p. 151.

⁴⁷ RICCOBONO, Salvatore. **Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1949. p. 47.

A partir deste ponto, a autoridade dos pontífices não mais se baseava no monopólio do conhecimento jurídico. A divulgação das fórmulas fazia nascer a necessidade de seu estudo e interpretação.⁴⁸ Agora, indivíduos da *nobilitas* romana, fora do Colégio dos Pontífices⁴⁹, instruíam-se neste conhecimento e interpretações, aconselhando profissionais do Direito em suas atividades e, deste modo, dando origem à *iurisprudentia* livre, laica, que se afirma pelo prestígio e pela confiança.⁵⁰ São descritos os três aspectos desta *iurisprudentia* secular⁵¹: *cauere* (expressão técnica que indica a atuação do jurista no formular e redigir os negócios jurídicos⁵²), *agere* (atividade semelhante ao *cauere*, no que concerne ao processo e à tutela de direitos⁵³) e *respondere* (respostas e pareceres dos jurisconsultos a questões de Direito controversas⁵⁴).

A publicização do Direito e a consequente oportunidade de formação jurídica, por meio da aquisição dos conhecimentos outrora exclusivos do Colégio dos Pontífices, faz nascer a nova *iurisprudentia*, livre e acessível.⁵⁵ O caráter privado e orgânico desta evidencia-se por meio da diversidade de produtores desta ciência que não vê, ainda, centralidade de certos juristas. Na verdade, os juristas dispunham-se a assessorar a qualquer um, uma vez que, não sendo esta prática donde se “adquire o pão”, isto é, fonte principal do sustento, a função consultiva não servia para outra coisa senão galgar mais prestígio e honra, o que poderia ser convertida em uma passagem para uma carreira política bem-sucedida.⁵⁶

⁴⁸ MEIRA, Sílvio A. B. **História e Fontes do Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 107.

⁴⁹ A diferença entre esta época e a anterior é de que, agora, não havia um limite de pessoas que poderiam ter acesso ao conhecimento jurídico (JÖRS, Paul. **Direito Privado Romano**. Tradução: L. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 29).

⁵⁰ GROSSO, Giuseppe. **Lezioni di Storia del Diritto Romano**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1955. p. 121.

⁵¹ Tais funções características da atividade da *iurisprudentia* já eram percebidas quando da *iurisprudentia* pontifical, e foram desenvolvidas conforme as novas gerações de juristas iam diversificando sua atividade entre o ensino, as consultas e o ingresso em carreiras políticas (PACCHIONI, Giovanni. **Corso di Diritto Romano**, vol. I. 2. ed. Torino: Unione Torinese, 1918. p. 57).

⁵² É a medida de precaução que os cidadãos deveriam tomar, quando tivessem que realizar oralmente ou por escrito algum ato jurídico, de modo que os prudentes eram ouvidos na defesa do interesse da parte (NÓBREGA, Vandick Londres da. **História e Sistema do Direito Privado Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959. p. 51).

⁵³ Não se deve confundir o trabalho do prudente, no exercício do *ad agendum*, com o do advogado, pois este último (*orator*) usava da palavra perante o tribunal para expor a questão (NÓBREGA, Vandick Londres da. **História e Sistema do Direito Privado Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959. p. 51).

⁵⁴ É a atividade mais importante dos prudentes. Consiste em responder às consultas sobre questões a eles submetidas por quem tivesse algum interesse em determinado caso. Muitas vezes a simples resposta do prudente dirigia dúvidas e evitava tempo perdido numa causa forense (NÓBREGA, Vandick Londres da. **História e Sistema do Direito Privado Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959. p. 51).

⁵⁵ KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho Romano**. Tradução: Juan Miguel. Barcelona: Ariel, 1966. p. 106.

⁵⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 107.

1.3 *Iurisprudentia* Clássica e a Influência Grega

Convém de início comentar que a assim denominada *iurisprudentia* clássica é tida, desde o século XIX, como aquela do período do Principado, entre Augusto e Diocleciano. Diferencia-se substancialmente do modo republicano de se pensar o Direito; tendo a era dos gênios criativos ficado na República, suas ideias passariam a ser desenvolvidas ao máximo e elaboradas até os últimos detalhes.⁵⁷ Fato é que os juristas de meados do Principado referem-se aos fundadores das escolas como os primeiros dos seus iguais, enquanto os juristas republicanos são vistos como “velhos” (*veteres*).⁵⁸ A brusca mudança de pensamento observou certos princípios recém introduzidos no Direito Romano durante o período Clássico, como é o caso da influência de correntes gregas, importadas por juristas romanos, bem como a nova *iurisprudentia* que esta influência trouxe ao Direito Romano, em especial a partir da ruptura com o antigo método, rígido e formalista.

Muito se discorreu, neste contexto de transformação do pensamento jurídico, acerca da influência helênica no Direito Romano em geral e em especial na *iurisprudentia* clássica romana.⁵⁹ Riccobono⁶⁰ descreve a influência da tradição helênica para a filosofia, retórica, pensamento e discurso romanos como notável, e, para o Direito, como absoluta.

Marco Túlio Cícero (106 a.C. – 43 a.C.), grande jurista romano e assíduo defensor do regime republicano, cujos escritos chegam a nossos dias de maneira notável, dado seu grande prestígio, teve lições com diversos mestres gregos e foi um dos responsáveis pelo transplante da essência grega à Roma. Possuía grande influência do estoicismo, o que, marcado pelo pensamento moral, tornou a transpor notável conteúdo filosófico aos juristas romanos. Sendo Cícero uma das grandes faces dos juristas republicanos romanos, os escritos de que se tem notícia atualmente acerca de sua vida e formação nos permitem compreender

⁵⁷ SCHULZ, Fritz. **History of Roman Legal Science**. Oxford: Clarendon Press, 1946. p. 99.

⁵⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 103.

⁵⁹ “A cultura romana do chamado período clássico é sobretudo a cultura grega” (VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005. p. 66); ainda, “a ciência jurídica romana, quanto aos princípios, parece ser um produto da cultura grega. Mas os romanos fizeram empréstimos simultâneos de diversas escolas. O estoicismo, principal formação de Cícero e ao qual adere um bom número de jurisconsultos clássicos, deixou no direito romano uma marca muito evidente” (VILLEY, Michel. *op. cit.* p. 67).

⁶⁰ RICCOBONO, Salvatore. **Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1949. p. 49.

um pouco do ensino jurídico e da relação entre mestres e discípulos durante a República Romana.⁶¹

Ademais, para fins da república, a influência grega com a qual os juristas romanos tiveram em contato, em especial no que se refere à filosofia e retórica, ensinou-os a extrair de pressupostos jurídicos já estabelecidos o seu núcleo essencial, com base em uma análise conceitual e sintética do mesmo.⁶² Ao unir as analogias e separar as diferenças, foi possível se aprofundar nas matérias jurídicas e dominá-las, passando do mero Direito e do saber das fórmulas e das leis à verdadeira ciência do Direito. Este fato pôs fim à erudição e formalismo do período primitivo, inserindo conteúdo moral e filosófico no Direito e consagrando, assim, a nova *iurisprudentia* que caracterizou o período clássico.⁶³

Kunkel⁶⁴ problematiza, ainda, ao dizer que a *iurisprudentia* romana quase se viu em perigo de perder seu prestígio e influência diante da técnica e oratória da moda (“transformar o bom em mau e o mau em bom”), ao apelar a uma equidade verdadeira ou somente aparente. Tal problematização é contornada pelo mesmo, no entanto, ao afirmar que as novas gerações de juristas romanos trouxeram consigo conhecimentos filosóficos e jurídicos, a partir da filosofia helênica, e, assim, puderam elaborar e ordenar as normas jurídicas tradicionais com um método aperfeiçoado. Concorreu para tal a solidez da tradição romana, que logrou manter a integridade do patrimônio jurídico nacional⁶⁵, bem como o fato de a *iurisprudentia* romana estar bem desenvolvida a ponto de não ser plenamente absorvida e superada pelas novas ideias introduzidas.⁶⁶

Dentre os mestres republicanos, conforme Pompônio⁶⁷, alguns juristas do século II a.C. são referidos como os fundadores do Direito Civil romano, porquanto este período foi o da “sistematização” do *ius civile*. Dentre os nomes responsáveis, estão Marco Júnio Bruto,

⁶¹ Ao frequentar o retórico Apolônio, de Rodes, Cícero teria feito um discurso, no idioma grego, destinado a um auditório lotado de ouvintes, ao que Apolônio teria respondido: “Cícero, eu te louvo e te admiro. Choro, porém, sorte da Grécia, ao ver que as únicas vantagens que nos restavam, o saber e a eloquência, vão, por teu intermédio, passar para as mãos dos romanos”. Tal passagem é descrita por Plutarco em sua coletânea sobre a vida de grandes homens da Antiguidade, neste volume dedicado à vida de Marco Túlio Cícero. C.f. PLUTARCO, Lúcio Méstrio. **Vidas Paralelas**: Cícero. Tradução: Sady Garibaldi. São Paulo: Atena Editora, 2001. p. 3.

⁶² KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho Romano**. Tradução: Juan Miguel. Barcelona: Ariel, 1966. p. 108.

⁶³ “Assim, pôde nascer do contato da velha *iurisprudentia* romana com o espírito grego uma criação que, na sua carne, era verdadeiramente romana; uma ciência que nem os gregos nem nenhum outro povo ou nação possuíram: a ciência do Direito positivo vigente” (KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho Romano**. Tradução: Juan Miguel. Barcelona: Ariel, 1966. p. 109)

⁶⁴ KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho Romano**. Tradução: Juan Miguel. Barcelona: Ariel, 1966. p. 109.
⁶⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 109.

⁶⁶ SCHULZ, Fritz. **History of Roman Legal Science**. Oxford: Clarendon Press, 1946. p. 38.

⁶⁷ Seus escritos puderam ser parcialmente compilados em D. 1. 2., apresentando a evolução do Direito desde as origens de Roma até os grandes juristas do Direito Clássico.

Mânlio Manílio, Públio Múcio Cévola e Quinto Múcio Cévola.⁶⁸ Estes mestres republicanos, tal qual no início do Principado, dividiam-se entre a produção de escritos e o ensino, relacionando a teoria e a prática em um laço inseparável.⁶⁹ A partir da obra destes, tem-se início a fase da *iurisprudentia* clássica, com uma organização mais ampla do Direito e do ensino jurídico.⁷⁰

É neste contexto de sistematização e do caráter institucional das escolas⁷¹, com forte participação estatal⁷², em que surge, no Principado, a rivalidade dos sabinianos e proculianos. Para além de todo o percurso do desenvolvimento da *iurisprudentia* romana, o seu maior florescimento veio no Principado, justamente por este motivo que o período é considerado a essência da *iurisprudentia* clássica.⁷³ Por fim, o legado que deixa a literatura jurídica romana produzida até o período clássico, se se pode ser de alguma forma medida quantitativamente, é o de “dois mil livros e três milhões de linhas” a que recorreram a comissão de juristas nomeadas por Justiniano, quando da elaboração do *Corpus Iuris Civilis* no século VI.⁷⁴

2 ESCOLAS RIVAIS E SEUS ILUSTRES JURISTAS

Embora por todo o tempo tenham apresentado divergências as diferentes correntes de pensamento entre os principais e destacados juristas, estas divergências se acentuaram de tal forma nos tempos de Augusto que, sistematizadas, tornaram-se as escolas (*schole*).⁷⁵ É precisamente no período do Principado em que os juristas se dividem em escolas rivais,

⁶⁸ MEIRA, Silvio A. B. **História e Fontes do Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 108.

⁶⁹ BREITONE, Mario. **História do Direito Romano**. Lisboa: Estampa, 1990. p. 192.

⁷⁰ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**, vol. I. Milano: Giuffrè, 1959. p. 278.

⁷¹ “Escolas” não devem ser entendidas como estabelecimentos físicos de ensino, mas sim tendências, tal qual se organizavam as escolas gregas, isto é, trata-se da união de juristas, formados ou principiantes, que, ligados pela prática e pelo ensino, seguiam certa tradição de opiniões em matérias jurídicas (JÖRS, Paul. **Direito Privado Romano**. Tradução: L. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 42).

⁷² Pacchioni (PACCHIONI, Giovanni. **Corso di Diritto Romano**, vol. I. 2. ed. Torino: Unione Torinese, 1918. p. 54) entende que o Direito Romano, compreendido a partir da perspectiva de suas normas jurídicas, e essas, por sua vez, provenientes da lei (manifestação da vontade do Estado), é produto da atividade essencialmente estatal. Nesse sentido, e em conformidade com De Francisci (DE FRANCISCI, Pietro. **Storia del Diritto Romano**, vol. III. Milano: Giuffrè, 1943. p. 176) acerca dos esforços de Augusto em construir uma *iurisprudentia* mais uma ao conceder aos juristas mais destacados o direito de dar respostas públicas, a *iurisprudentia* clássica só atingiu seu apogeu no início do século II (JÖRS, Paul. **Direito Privado Romano**. Tradução: L. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 42). Dito isso, resta esclarecida a importância do exercício do poder para a sistematização e organização da *iurisprudentia* clássica, em especial no que levou à rivalidade das escolas no Principado.

⁷³ PACCHIONI, Giovanni. **Corso di Diritto Romano**, vol. I. 2. ed. Torino: Unione Torinese, 1918. p. 292.

⁷⁴ JÖRS, Paul. **Direito Privado Romano**. Tradução: L. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 39.

⁷⁵ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 103.

porquanto, neste, o fenômeno das escolas jurídicas as transforma em instituições a certa medida estáveis, conforme já pontuado.

Muito se discorreu acerca das causas e origens desta rivalidade. Lobo⁷⁶ explica que, para os romanistas modernos, subsistiram causas de natureza filosófica, política e histórica, mas que não se pode delimitar a real origem dessas divergências a apenas uma destas. Explica que foi, ao contrário,

O próprio Direito, impondo a necessidade de sua transformação e criando, para consegui-la, a dupla instituição das escolas: uma, abrindo novos horizontes, rompendo os diques da estagnação e precipitando as ideias novas pelos séculos afora [proculianos]; a outra, aferrada à tradição, temendo perturbações sociais e resistindo à penetração do espírito novo [sabinianos]⁷⁷.

Complementa este ponto:

Mas, por que isso acontece? Simplesmente porque o Direito para ser útil precisa ser oportuno e para ser oportuno tem de modificar-se à medida das necessidades da época. Foi isto o que se deu em Roma: o Direito tinha de ficar de acordo com as necessidades da época, isto é, tinha de ser oportuno e isso provocou a ação e reação das duas escolas: a Proculiana, que julgava ter chegado a oportunidade para a modificação; a Sabiniana, que entendia que a oportunidade estava exatamente em manter o Direito existente⁷⁸.

Tal qual a crítica de Abelardo Saraiva da Cunha Lobo às discussões dos romanistas modernos, decorrentes da imprecisão em se definir as origens das divergências quanto à filosofia e aos métodos destas duas escolas, é considerado, também, equívoco analisar tais divergências como formas tão nítidas, sendo essa uma imprecisa visão oitocentista e de caráter especulativo quanto a essas diferenças.⁷⁹ Passemos agora a uma caracterização de cada uma das escolas considerada segura.

2.1 Sabinianos ou Cassianos

A escola dos sabinianos foi iniciada por Ateio Capito e assim se nomeia por ocasião de seu discípulo, Massúrio Sabino. Também recebe a denominação de “cassianos” por conta de Cássio Longino, fiel seguidor da doutrina de Capito, que teria sido o fundador formal da escola, uma vez que Sabino não tinha fama nem dinheiro, e recebeu apoio financeiro de seus

⁷⁶ *Id.*, *ibid.* p. 104.

⁷⁷ *Id.*, *ibid.* p. 111.

⁷⁸ *Id.*, *ibid.* p. 113.

⁷⁹ BRETONE, Mario. *História do Direito Romano*. Lisboa: Estampa, 1990. p. 197.

pupilos por boa parte da vida, enquanto Cássio possuía os dois, inclusive, tendo liderado a escola em conjunto com Sabino.

A figura do jurista Ateio Capito, cujas ideias viriam a ser continuadas por seus seguidores, encontra-se nas sombras; sua contribuição ao direito privado, assim, teria sido, em parte, insignificante, e a sua escola iniciou-se devido à sua rivalidade com Antístio Labeo, fundador da escola rival, apesar da grande influência que sua obra teria exercido nos juristas posteriores. Sabe-se que foi cônsul à época de Augusto.

Quanto à vida de Massúrio Sabino, o verdadeiro fundador da escola, sabe-se que sucedeu a Ateio Capito quando da sua morte, em 22 d.C., e que recebeu do imperador Tibério a faculdade de prestar as responsa prudentium. Sabino, sucessor de Capito, é considerado o mais fértil ao Direito Privado romano, não tendo ocupado durante sua vida nenhum cargo público e conquistou o mencionado ius respondendi ao ingressar na ordem equestre de Roma com idade próxima dos cinquenta anos. Notabilizou-se na tratadística civil com a sua obra *Libri III Iuris Civilis*, o que, para Bretone, não pode comparar-se a nada encontrado na escola rival com a produção de Sabino e de Cássio, no que se refere aos escritos acerca do ius civile romano. As obras de Sabino e Cássio, entretanto, não são elementares, isto é, não apresentam o caráter didático e introdutório, de modo que os alunos precisam recorrer às *Institutas* de Gaio, escritas durante o período entre Adriano e Marco Aurélio.

Quanto às características do método e do pensamento dos juristas pertencentes à escola dos Sabinianos, pode-se dizer que tendem à manutenção do Direito republicano e buscam conservá-lo pelo mais largo tempo que for possível. Eram, portanto, mantenedores daquilo que lhes foi legado pela tradição, isto é, tendem a não se afastar dos modos de pensamento experimentados, e a vir ao encontro das novas exigências com a disponibilidade oportuna.

Vale ressaltar, por fim, que esta escola contava com juristas mais célebres do que a dos proculeianos. Nomes como o próprio Massúrio Sabino, responsável pelo já mencionado *Libri III Iuris Civilis*, manual de direito civil mais antigo de que se tem conhecimento, somam-se ao de Sálvio Juliano, o pretor responsável pelo *Edictum Perpetuum*, e, ainda, de Gaio, jurisconsulto romano que, apesar de ter vivido após a época de Adriano, considerava-se a si mesmo como seguidor dos sabinianos, como se percebe em algumas passagens de seu manual de instituições.

2.2 Proculianos ou Pegasianos

Escola iniciada por Licínio Próculo, que teve como mestre Antístio Labeo. Não raramente também é conhecida como escola “pegasiana”, por conta de Pégaso, cofundador e seu ilustre representante.⁸⁰

Antístio Labeo, contemporâneo de seu rival, cresceu durante a fase final da República Romana e teria visto, conforme conta-se, os horrores do segundo triunvirato (43 a.C. – 33 a.C.).⁸¹ Foi senador aos trinta anos de idade; foi, também, investido como pretor e teria recusado o consulado de Augusto, segundo consta de Pompônio ao Digesto.⁸² Apesar de inimigo declarado de Augusto e fiel às instituições republicanas, seguiu fortemente em direção à reforma deste Direito.⁸³

Labeo, apesar de ter recusado um consulado, dedicava-se muito aos estudos; em sua fase de maior produtividade, passava metade do ano com seus alunos e metade em retiro, a produzir obras jurídicas essencialmente de direito privado.⁸⁴ Cerca de 500 de suas decisões a casos concretos, de sua época enquanto pretor, teriam sido incorporadas ao Digesto.⁸⁵ Demonstrava, conforme se relata em suas várias destas decisões, ser particularmente interessado em buscar soluções a problemas que decorrem da *interpretatio verborum*, isto é, da interpretação do texto de leis, em que a decisão girava em torno do significado dado a este texto⁸⁶, buscando soluções às controvérsias a partir da linguagem.⁸⁷

Já Licínio Próculo foi sucessor de Nerva (pai do imperador de mesmo nome que reinou em tempos posteriores), que foi, por sua vez, sucessor e contemporâneo de Labeo, e gozava de prestígio ainda maior que de seus mestres; não teria, entretanto, escrito obras orgânicas, senão epístolas, respostas, perguntas e notas aos *posteriores labeonis*.⁸⁸ Pégaso,

⁸⁰ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 96.

⁸¹ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**, vol. I. Milano: Giuffrè, 1958. 4. ed. p. 413.

⁸² D. 1. 2. 2. 47.

⁸³ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 104.

⁸⁴ MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Manual de Introdução ao Digesto**. São Paulo: YK, 2017. p. 184.

⁸⁵ STEIN, Peter. The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate. **The Cambridge Law Journal**, v. 31, n. 1, 1972, p. 8-31. p. 10.

⁸⁶ Em havendo uma lei, que poderia ser de origem comercial ou proveniente de atos administrativos, que dispusesse acerca do conflito em questão, então a causa concluir-se-ia por si; em não havendo, Labeo recorreria à natureza e às circunstâncias da situação, buscando nos costumes já estabelecidos se se verifica determinada prática (STEIN, Peter. The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate. **The Cambridge Law Journal**, v. 31, n. 1, 1972, p. 8-31. p. 11). Vale ressaltar que, apesar de Labeo ser apegado à hermenêutica das fontes, em especial à gramática e à linguagem, os grandes conflitos entre sabinianos e proculeianos não foram quanto à *interpretatio verborum*, e sim em relação às lacunas das leis e leis não escritas (STEIN, Peter. The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate. **The Cambridge Law Journal**, v. 31, no. 1, 1972, p. 8-31. p. 12).

⁸⁷ STEIN, Peter. The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate. **The Cambridge Law Journal**, v. 31, n. 1, 1972, p. 8-31. p. 10.

⁸⁸ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**, vol. I. Milano: Giuffrè, 1958. 4. ed. p. 415.

quem devido ao seu prestígio pôde dar nome a esta escola, foi um grande e erudito jurista, citado por diversos autores posteriores, tendo também exercido o cargo de prefeito (*praefectus urbi*).⁸⁹

Esta escola, ao contrário da rival, seguiu uma consciência metodológica mais sutil, de modo que seu método é tipicamente mais inclinado à argumentação racional e, mais do que os rivais, a um “pragmatismo didático”.⁹⁰ Eram inovadores e reformadores no que diz respeito às instituições do Direito Romano, no sentido de que, orientados pela lógica, buscam nos costumes e hábitos da sociedade romana, em seus muitos séculos de evolução, seu próprio ideal de Justiça e de equidade, por meio da transformação do campo jurídico.

Dentre os juristas seguidores desta escola, além de Labeo e Prócuro, dois Celso (pai e filho), dois Nerva (pai e filho), Pégaso e Prisco Nerácio.⁹¹

2.3 Pontos de Divergência e Fim da Rivalidade

Um dos pontos fundamentais das divergências entre as escolas é o de que estas não se derivam da posição política de seus respectivos mestres, uma vez que seus discípulos poderiam seguir orientações diferentes das de seus mestres, ou, ainda, a opinião política ser diferente da opinião jurídica, o que é evidenciado pela História.⁹²

Antístio Labeo era um rígido conservador na política, inimigo declarado do imperador Augusto e fiel às instituições republicanas, como já descrito em linhas anteriores, mas seu método baseava-se na flexibilização do *ius civile*. Ateio Capito, amigo do regime e do *princeps*, aceitaria ser cônsul, mas seu método demonstrava que sua visão era a de manter este direito republicano, tradicional e, portanto, imutável.⁹³ Fora Labeo inovador em matéria jurídica e conservador em matéria política; Capito conservador em matéria jurídica e inovador

⁸⁹ DE FRANCISCI, Pietro. **Storia del Diritto Romano**, vol. II. Milano: Giuffrè, 1944. p. 422.

⁹⁰ BRETONNE, Mario. **História do Direito Romano**. Lisboa: Estampa, 1990. p. 196.

⁹¹ D. 1. 2. 2. 53.

⁹² PORCHAT, Reynaldo. **Curso Elementar de Direito Romano**, vol. I. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1937. p. 218.

⁹³ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 105.

em matéria política.^{94/95} É, pois, a partir deste primeiro tipo que se pode chegar a uma base comum para o pensamento de cada escola.

Outro ponto fundamental acerca das distinções destas escolas diz respeito à *Aequitas*, introduzida no pensamento jurídico romano em massa graças à filosofia helênica. Assemelhando-se, com as devidas ressalvas, ao conceito moderno de equidade, diz respeito ao ideal ético que reside na consciência social e, com base nos costumes da sociedade, visando à Justiça, busca transformar-se em Direito Positivo.⁹⁶

Acredita-se que os proculianos eram os verdadeiros cultores da *Aequitas*, enquanto os sabinianos estariam voltados à observação rigorosa do *ius strictum*; esta observação, no entanto, é falha, pois a *Aequitas*, importantíssimo fator de aperfeiçoamento do Direito Romano, teria sido observada por todos os juristas romanos, pertencentes às duas escolas.⁹⁷ Esta divergência de métodos, sendo um inovador e outro conservador, teria tido, então, orientação do ideal de Justiça e equidade sobre ambas as escolas, conforme extraído acerca da definição de Celso sobre o conceito de Direito, já discorrido, sendo “*ars boni et aequi*”, de modo que este não é definido pelas suas características formais, mas sim pela substância (*Aequitas*), inerente à própria atividade jurídica dos romanos: para Celso, o Direito é obrigatoriamente construído sob a égide da equidade e da Justiça.^{98/99}

A partir deste ponto, tornam-se claras as principais divergências entre as escolas a serem a seguir exemplificadas.

Uma delas, e talvez a mais discutida entre os manuais de Direito Romano, diz respeito à definição da puberdade. Os sabinianos eram favoráveis à manutenção da inspeção corporal para os homens para determinar sua maturidade física, enquanto os proculianos mantinham-se em favor da fixação desta idade em 14 anos. Ao serem favoráveis a uma eventual fixação de idade em detrimento da inspeção corporal, já consagrada pela tradição em Roma, considerando que a puberdade era, para os romanos, a capacidade de gerar¹⁰⁰, os proculianos estariam sob um argumento moral de que, sendo costumeiramente a idade de 14

⁹⁴ Apesar das diferenças quanto às visões políticas e jurídicas de que se derivam as divergências entre os dois juristas, estes não divergiam quanto à filosofia de vida e outras questões de natureza não jurídicas/políticas, somente quanto ao modo de operar o Direito (STEIN, Peter. *The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate*. **The Cambridge Law Journal**, v. 31, n. 1, 1972, p. 8-31. p. 9).

⁹⁵ MEIRA, Silvio A. B. **História e Fontes do Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 126.

⁹⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 82.

⁹⁷ PORCHAT, Reynaldo. **Curso Elementar de Direito Romano. Vol. I**. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1937. p. 218.

⁹⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 82.

⁹⁹ Em D. 1. 1. 10. 1, Ulpiano define como preceitos do Direito: “viver honestamente, não causar mal a outrem e dar a cada um o que lhe é devido” (“*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”).

¹⁰⁰ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 114.

anos evidenciada como a da maturidade necessária para se gerar, não seria mais necessário submeter os jovens à constrangedora prática. Esta discussão, no entanto, só veio a ter o seu desfecho quando Justiniano, aceitando a posição dos proculianos, estabeleceu que o homem atingia a puberdade ao completar 14 anos de idade¹⁰¹, podendo, inclusive, se tornar *sui iuris* a partir desta idade.

Ainda no Direito das Pessoas e de Família, os sabinianos julgam a vida do recém-nascido com base em qualquer manifestação natural da vida. Os proculianos, provavelmente seguindo costumes, baseiam-se apenas na emissão da voz, ou seja, consideram o choro do recém-nascido como decisivo, tendo Justiniano seguido a teoria sabiniana.¹⁰²

Quanto aos Direitos Reais, a antiga propriedade, de acordo com os sabinianos, sobre a *res derelicta* cessa imediatamente após o abandono; de acordo com a doutrina dos proculianos, que certamente está mais de acordo com a continuidade e com as necessidades das relações sociais, ela não cessa a menos que alguém tenha adquirido a propriedade da coisa através da ocupação, provavelmente através do usucapião (no Direito Clássico), no que diz respeito às coisas *mancipi*. Justiniano aceitou a teoria sabiniana.¹⁰³ Outro caso: segundo os proculianos, numa solução certamente mais respeitadora das concepções sociais, a pintura pertence ao pintor e não ao dono da pintura, pois a pintura é especificação que implica na qualidade (*qualidades*), e não tingimento. Segundo os sabinianos, a pintura ainda pertence ao dono do painel, pois a pintura se torna agora parte intrínseca deste. Justiniano adotou a doutrina proculiana.¹⁰⁴

Já no Direito das Obrigações, se se pode o preço da compra e venda consistir em um objeto qualquer ou deve necessariamente ser dinheiro em moeda, os dois chefes da escola sabiniana tentavam a validade da venda no primeiro caso; um dos chefes da escola proculiana e um dos seus sectários (Nerva) negavam a validade, visto tratar-se de permuta e não de compra e venda, quando o preço não era dinheiro amoldado. Não obstante ter prevalecido a opinião dos proculianos, há uma constituição do Imperador Diocleciano que estabelece a regra de que, ainda quando o preço da coisa não tenha sido dinheiro contado (*pecunia numerata*), mas, sim, gado (*percoribus*), o contrato de compra e venda não se considera nulo, uma vez que isso foi consentido pelas partes contratantes.¹⁰⁵

¹⁰¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 132.

¹⁰² BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano, vol. II**. Milano: Giuffrè, 1959. p. 262.

¹⁰³ *Id.*, *ibid.* p. 262.

¹⁰⁴ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano, vol. II**. Milano: Giuffrè, 1959. p. 263.

¹⁰⁵ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 117.

Findou a divergência significativa das escolas no segundo século, época de Adriano (117 – 138).¹⁰⁶ É possível, também, relacionar o fim desta divergência à figura de Sálvio Juliano, sabiniano: sua forte personalidade o consagrou como um jurista máximo no Direito Romano.¹⁰⁷ Teria, no entanto, aceitado frequentemente a doutrina proculiana e determinado, com sua autoridade de pretor, a cessação destas divergências.¹⁰⁸ Declareuil¹⁰⁹ defende que alguns dos célebres juristas da época de Augusto, tal qual Ulpus Marcellus, Q. Córdio Scévola, Trophonius, Paulo, Papiniano, Ulpiano e Modestino não aderiram a nenhuma escola, de modo que a maioria dos membros do Conselho Imperial colaborou com o Príncipe para estabelecer a unidade da *iurisprudentia*.¹¹⁰

3 A ORIGEM DO DIREITO E A SUCESSÃO DOS PRUDENTES EM D. 1. 2. 2

Boa parte do que se conhece sobre a evolução do ensino jurídico e das concepções subjetiva e objetiva do Direito, *ius civile*, por parte do povo romano, bem como da sucessão dos prudentes, encontra-se nos fragmentos escritos por Pompônio em seu *libro singulari Enchiridion* e incorporados ao Digesto (D. I, 2. 2 – “Da Origem do Direito e de Todas as Magistraturas e da Sucessão de Jurisconsultos”). A seguir, transcrição *ipsis literis* do texto de Pompônio, extraído a partir de D. 1. 2. 2. 1.

§ 1. E, com certeza, no início de nossa cidade, o povo, inicialmente, se propôs a viver sem lei nem direito estabelecidos, e tudo se regia pela autoridade dos reis.

§ 2. Depois, com o crescimento da cidade, consta que o próprio Rômulo teria dividido sua população em trinta seções, que chamou de cúrias (ou administrações), passando então a dirigir a coisa pública em harmonia com elas. E, assim, ele próprio baixou algumas leis para o povo chamadas curiatas. Os reis subsequentes fizeram também a mesma coisa. Todas essas leis se encontram num livro de Sexto Papírio, um dos varões ilustres do tempo de Tarquínio Soberbo, filho de Demarato Coríntio. Esse livro, como já dissemos, chama-se direito civil papiriano, não porque ali houvesse alguma contribuição pessoal de Papírio, mas por ter ele compendiado ordenadamente leis promulgadas, mas dispersas.

§ 3. Depois disso, com a expulsão dos reis por lei tribúncia, todas essas leis caíram em desuso, e, mais uma vez, o povo romano passou a se reger mais por direito

¹⁰⁶ BRETON, Mario. **História do Direito Romano**. Lisboa: Estampa, 1990. p. 198.

¹⁰⁷ GUARINO, Antonio. **Diritto Privato Romano**. Napoli: Jovene, 1963. p. 109.

¹⁰⁸ RICCOBONO, Salvatore. **Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1949. p. 70.

¹⁰⁹ DECLAREUIL, Joseph. **Roma y la Organización del Derecho**. Barcelona: Cervantes, 1928. p. 29.

¹¹⁰ Desde o declínio da República Romana e a turbulenta guerra civil pela qual passava o regime republicano, Pompeu e César, “fundadores do Império Romano”, como os denomina Pietro de Francisci (DE FRANCISCI, Pietro. **Storia del Diritto Romano**, vol. III. Milano: Giuffrè, 1943. p. 175), com ideais um de um principado e outro de um império, respectivamente, a unificação das fontes de produção jurídica, tão diversas até então, e a sua regulação pelo Estado eram necessárias para a reorganização de Roma. Nem Pompeu nem César puderam pôr isto em prática, restando a Augusto a unificação da fonte considerada a mais rica do direito privado romano, a *iurisprudentia*, por meio da concessão do *ius respondendi ex auctoritate principis*, no âmbito do novo regime em Roma (DE FRANCISCI, Pietro. **Storia del Diritto Romano**, vol. III. Milano: Giuffrè, 1943. p. 176).

incerto e pelo costume do que por lei promulgada. Essa situação perdurou por cerca de vinte anos.

§ 4. Em seguida, para que essa situação não se prolongasse, achou-se por bem designar dez varões, para buscar subsídios nas leis adotadas por cidades gregas, e Roma se consolidasse sob leis. Essas leis foram gravadas em placas de marfim e postas nas tribunas do foro para conhecimento de todos. Naquele ano foi conferido aos decênviros o poder supremo na cidade para que, se necessário, não só corrigissem as leis como também as interpretassem, estabelecido que, à diferença do que acontecia com relação aos demais magistrados, contra suas decisões não haveria recurso. Tendo eles próprios observado falhas nessas primeiras leis, no ano seguinte acrescentaram mais duas placas às já existentes. Por esse motivo ficaram conhecidas como leis das doze tábuas. Segundo alguns, o autor da promulgação dessas leis teria sido um dos decênviros, certo Hermodoro de Éfeso, desterrado na Itália.

§ 5. Promulgadas essas leis, sua interpretação exigia que fossem discutidas no foro por jurisconsultos competentes. Essa discussão e o próprio direito definido pelos jurisconsultos, por terem sido conduzidos oralmente, não têm um nome específico, como as demais partes do direito se designam por seus próprios nomes, mas é chamado pelo nome comum de direito civil.

§ 6. Depois disso, a partir dessas leis, foram instituídas, quase na mesma época, as ações da lei pelas quais as partes contendessem entre si. Para que as pessoas não criassem procedimentos a seu arbítrio, essas ações foram estabelecidas como fixas e rituais. Essa parte do direito foi chamada de ações da lei, isto é, ações legais. E, assim, quase ao mesmo tempo, surgiram estes três direitos: as leis das doze tábuas, das quais começou a derivar o direito civil, e de ambos os direitos se formaram as ações da lei. Mas era da competência do Colégio dos Pontífices lê-las e interpretá-las. Dentre os pontífices, todo ano, se constituía um para presidir às questões particulares. Por cerca de cem anos perdurou esse costume entre o povo.

§ 7. Depois, tendo Ápio Cláudio organizado e formalizado essas ações, Cneio Flávio, seu secretário e filho de liberto, lhe subtraiu o livro e o divulgou entre o povo que, em retribuição, fê-lo tribuno da plebe, senador e edil curul 17. Esse livro, que contém as ações, chama-se direito flaviano, do mesmo modo que o direito civil papiniano, pois também Cneio Flávio nada lhe acrescentara de seu. Crescendo a cidade e como faltassem algumas normas processuais, após muito tempo, Sexto Élio organizou outras ações na forma de livro e as tornou públicas. Esse direito chama-se eliano.

.....
§ 47. Em seguida, os que gozaram de maior conceito foram Ateio Capito, discípulo de Ofício, e Antístio Labeo, que aprendeu com todos eles e instruiu-se principalmente com Trácio. Destes últimos, Ateio foi cônsul, Lábeo rejeitou esta honra, que lhe fora oferecida por Augusto; mas, dedicou-se muito ao estudo, dividindo o ano de modo que passava seis meses em Roma, com os seus discípulos, e seis meses dela se retirava para compor suas obras, deixando assim quatrocentos volumes, muitos dos quais chegaram até nós. Estes dois jurisconsultos foram os primeiros que formaram seitas diferentes; porque Até Capito continuava a observar as coisas que lhe tinham sido transmitidas pela tradição Labeo, dotado de um talento engenhoso, cheio de confiança de sua doutrina e versado no conhecimento de outras ciências, introduziu muitas inovações.

§ 48. A Ateio Capito sucedeu Massúrio Sabino, e Nerva a Labeo, e estes ainda mais aumentaram estas dissensões. Nerva foi amicíssimo de César. Massúrio Sabino pertenceu à ordem equestre e foi o primeiro desta ordem que teve autorização para dar consultas públicas; porquanto depois que se principiou a conceder este favor, foi-lhe finalmente conferida por Tibério César.

§ 49. E, digamo-lo de passagem, antes dos tempos de Augusto, os príncipes não concediam o direito para se dar consultas públicas; porém os que tinham confiança nos seus estudos respondiam aos consultants; nem as respostas eram marcadas com o seu sinete, porém a maior parte das vezes eles escreviam aos juizes ou as partes consultants faziam atestar por testemunhas quais tinham sido essas respostas. O imperador Augusto foi o primeiro que, para dar maior autoridade a este direito,

estatui que só se poderia responder em virtude de autorização sua; e, desde esse tempo, esta autorização começou a ser pedida como um favor. Por este motivo, tendo alguns ex-pretos requerido ao imperador Adriano licença para dar consultas, este prescreveu-lhes que esta licença não devia ser pedida, pois já tinham essa regalia conforme o costume; e que alegrar-se-ia se alguém, tendo confiança nos seus conhecimentos, se prestasse a dar consultas ao povo.

§ 50. Assim, Sabino teve de Tibério César autorização para dar consultas públicas; e entrou na ordem equestre já de idade avançada, com perto de cinquenta anos. Ele não era rico; mas foi muito auxiliado por seus discípulos.

§ 51. Sucedeu-lhe Gaio Cássio Longino, filho de uma filha de Tubarão, que era neta de Sérvio Sulpício e, por esta razão, chama Sérvio Sulpício de seu bisavô. Foi cônsul com Quartino (ou Surdino) no tempo de Tibério e gozou de muita autoridade em Roma, até que o Imperador o fez sair dela.

§ 52. E o desterrou para a Sardenha, de onde foi chamado por ordem de Vespasiano, quando terminou seus dias. A Nerva sucedeu Próculo, que teve como contemporâneo Nerva filho e um outro Longino, da ordem equestre e que chegou a ser pretor; porém, Próculo gozou de maior conceito e alcançou maior poder. Em virtude da divisão que teve princípio como Capitão e Labeão, denominam-se os partidários de um Cassianos, e os do outro, Proculianos.

§ 53. Célio Sabino sucedeu a Cássio e foi muito poderoso no tempo de Vespasiano. A Próculo sucedeu Pégaso, que no tempo do mesmo imperador foi prefeito da cidade; a Célio Sabino, Prisco Javoleno; a Pégaso, Celso; a Celso pai, Celso filho e Prisco Nerácio, tendo sido ambos cônsules e Celso duas vezes; a Javoleno Prisco, Alburnio Valente, Tusciano e Sálvio Juliano.¹¹¹

A partir deste ponto, encerra-se a primeira fase da *iurisprudentia* clássica, durante o reinado de Adriano e da publicação do *Edictum Perpetuum* pelo pretor Sálvio Juliano, em 138. Com esta primeira fase, encerra-se, também, a rivalidade das escolas. Guarino¹¹², descreve as duas fases desta: numa primeira fase, que iniciou no Principado de Augusto e terminou com a morte do imperador Adriano (138 d.C.), os juristas ainda trabalhavam, embora de forma cada vez mais débil, segundo a direção marcada pela jurisprudência pré-clássica, preferindo a atividade casuística e prestando menos atenção ao repensar sistemático dos institutos.¹¹³

Numa segunda fase, que começou com Antonino Pio (138-161), os juristas foram pressionados pela situação política a deixar cada vez mais de lado a casuística e a concentrar os seus esforços no arranjo paralelo, e substancialmente unitário, do *ius civile* e do *ius honorarium*, também no que diz respeito ao *ius novus* (novo, clássico) em detrimento do *ius vetus* (velho, republicano).¹¹⁴ Aqui se encerra o ciclo de evolução da *iurisprudentia* delimitado neste estudo, bem como a rivalidade das escolas jurídicas em face de uma nova *iurisprudentia* única e cada vez menos autônoma frente ao poder imperial, fato que pode ser observado

¹¹¹ JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Digesto, Livro I**. Tradução: Edilson Alkimim Cunha. Brasília: TRF1, Esmafe, 2010. p. 67-70 e 87-89.

¹¹² GUARINO, Antonio. **Diritto Privato Romano**. Napoli: Jovene, 1963. p. 106.

¹¹³ *Id.*, *ibid.*, p. 105.

¹¹⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 105.

quando, no período do Dominato (285-565), há somente uma fonte de criação atuante, as constituições imperiais, ora denominadas *lex*.¹¹⁵

CONCLUSÃO

A chave para que se possa compreender o legado e, sobretudo, o contexto histórico e político que deu origem às escolas jurídicas que rivalizaram durante o período do Principado Romano é compreender, em primeiro plano, a evolução da fonte da *iurisprudentia*, desde aquela regida pelo Colégio dos Pontífices até a *iurisprudentia* clássica, privada e sistematizada. Neste sentido, e tendo sido já elucidado o caminho pelo qual seguiu a ciência jurídica romana ao longo dos seus séculos de evolução, conclui-se que é precisamente a *iurisprudentia* do Período Clássico que permitiu a acentuação das dissidências dos juristas, de tal modo que, ao início do Principado Romano até meados do mesmo, o pensamento jurídico dos prudentes e notáveis juristas pertenceria a alguma escola, assim consolidando sua tradição e respectivo método no Direito Romano.

Dentre as razões para isto, conforme discutido e construído ao longo deste trabalho, estão a passagem do caráter sacerdotal do Colégio dos Pontífices da *iurisprudentia* para as mãos dos privados, o que inaugurou o ensino público do Direito em Roma¹¹⁶, a partir do conhecimento das fórmulas e da publicização das consultas. Com esta publicização, foi possível a formação jurídica de particulares, que diversificou a produção jurídica e possibilitou que esta se tornasse a fonte jurídica mais significativa ao *ius civile*.¹¹⁷ Em especial, tornou possível o nascimento de uma ciência jurídica verdadeiramente romana, que, mais do que construir o Direito no âmbito da cidade, pôs seu legado na História ao constituir o direito comum ao sistema jurídico romanístico e seus eventuais subsistemas.

De igual importância, cita-se a presença da filosofia helênica no método dos juristas romanos. Ao serem influenciados por correntes filosóficas como o estoicismo e o epicurismo, tal qual Cícero, passariam a atentar-se à moral e, assim, construir um Direito mais “justo e equitativo”, em detrimento do formalismo rígido que antecedeu a forma de pensar o Direito.

¹¹⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 45.

¹¹⁶ RICCOBONO, Salvatore. **Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1949. p. 49.

¹¹⁷ DE FRANCISCI, Pietro. **Storia del Diritto Romano**, vol. III. Milano: Giuffrè, 1943. p. 176.

Deste modo, conclui Kunkel¹¹⁸ que este método dialético dos juristas romanos, somado ao método “aperfeiçoado”, com fulcro nas ciências gregas recém introduzidas, tornou possível o que hoje consideramos a *iurisprudentia* romana, dando causa às escolas de juristas do Principado Romano.

Mas apesar de o forte caráter privado da *iurisprudentia* clássica ser o que reúne todos os elementos necessários à criação e perpetuação destas escolas e, sobretudo, da sucessão de juristas sob o mesmo mestre, existe também a importante atuação do novo regime político que instala-se em Roma em 27 d.C., em especial do *ius publice respondendi*. As consultas e os pareceres dos juristas são o tipo mais antigo da atividade científica dos jurisconsultos romanos¹¹⁹, e, ainda que no Principado poderiam estes ser agraciados com a autorização do *princeps* para fornecer tais consultas e pareceres, o imperador Adriano reconhecia que este direito já lhes era garantido pelo costume¹²⁰, embora os cidadãos, especialmente os juízes, não pudessem discordar ou apresentar opiniões divergentes das respostas dos juristas autorizados¹²¹, uma vez que estas possuíam força de lei caso constituíssem opinião comum.¹²²

O *ius respondendi ex auctoritate principis* não teria suprimido o conteúdo privado da atividade dos juristas, o que se verifica pela continuidade do ensino jurídico e da formação das novas gerações de juristas. Por outro lado, os juristas clássicos do Principado, como é o caso de Labeo, Sabino e Prócuro, tiveram prestígio junto à sociedade romana, de modo que sua fama, muito por conta dos escritos e comentários que não necessariamente dependiam ou relacionava-se com o *ius respondendi* de Augusto, foi fator essencial que lhes possibilitou chegar a nossos dias.

Assim, o legado dos sabinianos e proculianos, no plano da ciência jurídica privada, chega ao trabalho de Justiniano a partir de muitas das transformações por eles empreendidas, trazidas a este trabalho em ótica comparativa entre as duas escolas. Por conseguinte, o trabalho desenvolvido pelas escolas e seus respectivos juristas logrou, também, chegar aos romanistas modernos, a partir da recepção de um direito romano comum no continente, qual, segundo Wieacker¹²³, deriva indiretamente de Justiniano, não propriamente dos clássicos.¹²⁴

¹¹⁸ KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho Romano**. Tradução: Juan Miguel. Barcelona: Ariel, 1966. p. 109.

¹¹⁹ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**, vol. I. Milano: Giuffrè, 1958. 4. ed. p. 430.

¹²⁰ D. 1. 2. 2. 49.

¹²¹ GUARINO, Antonio. **Diritto Privato Romano**. Napoli: Jovene, 1963. p. 106.

¹²² G. 1. 7.

¹²³ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 140.

¹²⁴ Sobre a “recepção” do Direito Romano na Europa, cf. Wieacker: “Recebido não foi o direito romano clássico (então desconhecido na sua forma original); também não o direito histórico justinianeu como tal, mas o *ius commune* europeu que os glosadores e, sobretudo, os conciliadores tinham formado com base no *Corpus Iuris*

Tal legado atravessa o plano intergeracional do modo de se pensar o direito, até então em torno de questões pontuais e cotidianas, ao menos de modo marcante até o *Edictum Perpetuum*, por conta da sucessão de seu método e pensamento que perpassou a *iurisprudencia* clássica. Mais do que escritos do campo do Direito de Família, de Obrigações, das Coisas ou das Ações, o seu legado é notável na evolução da *scientia iuris*, no modo de resolução de controvérsias nas diferentes áreas que tange o Direito. Esta evolução do Direito Romano, portanto, marcado pela sua abertura de fontes, torna possível que este seja, nos dias de hoje, uma ciência não só histórica, mas também comparatista, de onde se derivam soluções a problemas atuais.

REFERÊNCIAS

- ARANGIO-RUIZ, Vicente. **Historia del Derecho Romano**. Tradução: Francisco de Pelismacker e Ivañez. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943.
- BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano, vol. I**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1958.
- BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano, vol. II**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1959.
- BRETONE, Mario. **História do Direito Romano**. Lisboa: Estampa, 1990.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução: Sousa Costa. Lisboa: Clássica Editora, 1911.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DE FRANCISCI, Pietro. **Storia del Diritto Romano, vol. I**. Milano: Giuffrè, 1943.
- DE FRANCISCI, Pietro. **Storia del Diritto Romano, vol. II**. Milano: Giuffrè, 1944.
- DE FRANCISCI, Pietro. **Storia del Diritto Romano, vol. III**. Milano: Giuffrè, 1943.
- DECLAREUIL, Joseph. **Roma y la Organización del Derecho**. Tradução: Ramón García Redruello. Barcelona: Editorial Cervantes, 1928.

Civilis justinianeu, mas com a assimilação científica dos estatutos, costumes, e usos comerciais do seu tempo [...] Este *ius commune* recebido distingue-se essencialmente das fontes romanas do direito canônico, que através da jurisdição eclesiástica já antes tinha chegado à Europa do centro e do norte. É talvez nos princípios e ideias jurídicas baseados nas fontes romanas, germânicas e propriamente eclesiásticas do direito da Igreja, que os múltiplos elementos da cultura jurídica europeia se exprimem de uma forma mais espontânea e mais facetada do que na doutrina dos glosadores.” (WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 140).

GAIUS. **Gai Institutionum Comentário**. Tradução: Dárcio R. M. Rodrigues. 2. ed. São Paulo: YK Editora, 2021.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES DE ARAÚJO, Danilo Borges dos Santos. As Características do Sistema Jurídico Romanístico. In: SCHIPANI, Sandro; GOMES DE ARAÚJO, Danilo Borges (org.). **Sistema Jurídico Romanístico e Subsistema Jurídico Latino-Americano**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 15-27.

GROSSO, Giuseppe. **Lezioni di Storia del Diritto Romano**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1955. p. 46-121.

GUARINO, Antonio. **Diritto Privato Romano**. Napoli: Jovene, 1963.

JÖRS, Paul. **Direito Privado Romano**. Tradução: L. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1937.

JHERING, Rudolph von. **O Espírito do Direito Romano, vol. I**. Tradução: Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba Editora, 1943.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Digesto, Livro I**. Tradução: Edilson Alkimim Cunha. Brasília: TRF1, Esmafe, 2010.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução: S. Rodrigues e F. Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho Romano**. Tradução: Juan Miguel. Barcelona: Ariel, 1966.

LIMA LOPES, José Reinaldo. **O Direito na História**. 7. ed. Barueri: Atlas, 2023.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, 2006.

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito, vol. I**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MEIRA, Sílvio A. B. **História e Fontes do Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1966.

MEIRA, Sílvio A. B. **A Lei das XII Tábuas: Fonte do Direito Público e Privado**. Belém: Edições CEJUP, 1989.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Manual de Introdução ao Digesto**. São Paulo: YK, 2017.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NÓBREGA, Vandick Londres da. **História e Sistema do Direito Privado Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959.

PACCHIONI, Giovanni. **Corso di Diritto Romano**, vol. I. 2. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918.

PLUTARCO. **Vidas Paralelas**: Cícero. Tradução: Sady Garibaldi. São Paulo: Atena Editora, 2001

PORCHAT, Reynaldo. **Curso Elementar de Direito Romano**, vol. 1. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1937.

RICCOBONO, Salvatore. **Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1949.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. 2. ed. Tradução: Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 2004.

SCHULZ, Fritz. **History of Roman Legal Science**. Oxford: Clarendon Press, 1946.

STEIN, Peter. The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate. **The Cambridge Law Journal**, v. 31, n. 1, 1972, p. 8-31.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4. ed. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

RESOLUÇÃO 487 DO CNJ: UMA ANÁLISE CRÍTICA

CNJ RESOLUTION 487: A CRITICAL ANALYSIS

Arthur da Costa Gomes¹

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal de Pelotas (UFPel).

RESUMO

O presente artigo tem por fim realizar uma análise crítica sobre a Resolução 487 do Conselho Nacional de Justiça, de 15 de fevereiro de 2023. Frente aos problemas enfrentados no panorama jurídico nacional, é inegável que a citada resolução surge com o objetivo de regulamentar o tratamento curativo “por meio de medida de segurança” (art. 96, do CP) de alguns agentes “classificados como inimputáveis” (art. 26, *caput*, do CP) e como “semi-imputáveis” (art. 26, parágrafo único, do CP) no âmbito do Direito Penal, que incorrem no cometimento de injustos penais e, em seu cerne, põem fim aos manicômios judiciais no Brasil. Contudo, os efeitos que a norma pode trazer podem não corresponder ao que se objetiva, uma vez que, ao tempo em que resolve uma questão sensível e complexa acaba, simultaneamente, por criar outra situação jurídica que também requer novas diretrizes de igual importância. Sendo assim, torna-se de inquestionável necessidade a realização de reflexões no instituto estudado e nos temas jurídicos correlatos, bem como indicar uma possível reformulação na disciplina jurídica da matéria.

PALAVRAS-CHAVE

Manicômios jurídicos – Imputabilidade penal – Medida de segurança – Resolução 487 CNJ.

SUMÁRIO

Introdução. 1 Da legislação que disciplina a matéria. 2 Do problema. 3 Da Resolução 487 do CNJ. 4 Dos efeitos práticos. 5 Da solução do problema. Conclusão. Referências.

REFERÊNCIA: GOMES, Arthur da Costa. Resolução 487 do CNJ: uma análise crítica. **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 173-197, ago. 2025.

INTRODUÇÃO

É² de indubitável consciência que, atualmente no cenário jurídico nacional, um dos problemas enfrentados é o destino que deve ser dado ao inimputável (art. 26, *caput*, do CP) e ao semi-imputável (art. 26, parágrafo único, do CP) que incorrem no cometimento de um injusto penal. Trata-se, assim, de pessoa que, sem estar em posse de sua plena higidez mental e sem ter o devido controle integral de sua capacidade volitiva e cognitiva, acaba por cometer um fato definido como crime ou contravenção penal em decorrência de tal condição, havendo, portanto, um nexo causal e subjetivo entre o ilícito penal e a saúde mental da pessoa, fator que gera a posição de inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente infrator e, por

ABSTRACT

The purpose of this article is a critical analysis of Resolution 487 of the National Council of Justice, of February 15, 2023. In view of the problems faced in the country, it is undeniable that the aforementioned resolution arises with the objective of regulating curative treatment through a “security measure” (art. 96, Law n° 2.848, 1940) of some agents classified as “non-imputable” (art. 26, caput) and as “semi-imputable” (art. 26, sole paragraph) within the scope of Criminal Law, which incur in the commission of unfair penal institutions and, at its core, put an end to judicial asylums in Brazil. However, the effects that the norm can bring may not correspond to what is intended, while resolving a sensitive and complex issue, it simultaneously creates another legal situation that also requires new guidelines of equal importance. Therefore, it is unquestionably necessary to carry out reflections on the institute studied and on related legal topics, as well as a reformulation of the legislation.

KEYWORDS

Legal asylums – Criminal imputability – Security measure – Resolution 487 CNJ

² Ao meu estimado professor Daniel Brod Rodrigues de Sousa, agradeço pelo companheirismo, orientação, por me ensinar e pelo incansável incentivo à pesquisa jurídica.

consequente, a viabilidade da imposição de medida de segurança (art. 96, do CP) (Capez, 2024).

Nesse contexto, é possível afirmar que tais pessoas, dependendo do caso, não podem ficar sem a imposição de uma sanção penal, pois representam um risco para os indivíduos ao seu redor e à sociedade em geral, mas, ao mesmo tempo, também não podem ser submetidas à pena tradicional. São pessoas que não possuem a culpabilidade, seja de forma total ou parcial, devido ao fato de o agente não possuir as capacidades intelectiva ou volitiva, ou possuir de forma parcial, viabilizando-se, assim, a imposição de medida de segurança (art. 96, do CP), conforme o disposto nos arts. 97 e 98 do Código Penal, de forma direta para os inimputáveis (art. 26, *caput*, do CP) ou mediante a substituição da pena de prisão aplicada, na hipótese dos semi-imputáveis (art. 26, parágrafo único, do CP). Ademais, a possível internação em um hospital comum, como propõe as diretrizes atuais do CNJ, por muitas vezes, apresenta-se como insuficiente para o processo de cura destes incapazes, já que os não passíveis de imputação apresentam, em alguns casos, grau elevado de periculosidade e instabilidade, não ofertando a internação comum, portanto, o fator segurança (Bitencourt, 2024).

Convergente ao exposto, por volta do início dos anos 90, surge no Brasil a figura do chamado *Manicômio Jurídico* (o Instituto Psiquiátrico Forense, IPF, em Porto Alegre, como exemplo), um local que busca, em seu cerne, a conciliação da segurança social (o controle do criminoso) com o tratamento curativo do agente incapaz. Contudo, o que se vê até os dias atuais é que, por muitas vezes, o fator segurança se sobressai ao curativo. Além disso, o infrator só pode ser reinserido na comunidade após a cura total de sua condição, ou seja, quando não oferta mais riscos a si ou à sociedade. Porém, tal processo possui tempo indeterminado, possibilitando que haja uma insegurança médica e jurídica no que trata o fator de segurança (já que, ao fim, pela forma de funcionamento dos citados estabelecimentos, não se consegue alcançar ambos os aludidos objetivos), expondo, assim, os pacientes desses locais à situação de lesão de sua dignidade humana (garantido no Art. 1º, III, da Constituição federal) (Cicolella; Kruse, 2016).

Portanto, ciente do problema, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em conformidade com a Lei n. 10.216/2001 (Lei da Luta Antimanicomial), produz a Resolução 487, de 15 de fevereiro de 2023, que, em síntese, busca a implementação da política antimanicomial no âmbito judiciário no Brasil, além de “limitar a imposição de medida de segurança de internação ou de internação provisória a hipóteses absolutamente excepcionais, ou seja, quando não cabíveis ou suficientes outras medidas diversas” (Brasil, 2023b). Contudo, creio que uma análise crítica sobre tal orientação é necessária, já que, *a priori*, o

principal problema tende a se perpetuar: o que fazer, em termos de tratamento terapêutico, com essas pessoas que cometeram injustos penais e que não podem ter a privação de liberdade de forma prolongada, mas, ao mesmo tempo, não podem ficar soltas?

No que se refere à metodologia utilizada para a realização deste artigo, a revisão bibliográfica foi o procedimento mais profícuo, tendo em vista a necessidade de especialização acerca do tema de pesquisa sobre o Direito Penal, buscando-se apresentar hipóteses e alternativas ao tema estudado. Ademais, para tal, foram usados os materiais disponibilizados para pesquisa no acervo bibliográfico eletrônico da Universidade Federal de Pelotas (UFPel).

1 DA LEGISLAÇÃO QUE DISCIPLINA A MATÉRIA

Após uma introdução a respeito dos aspectos que circundam o tema dos manicômios judiciários, finalmente, torna-se possível uma análise concreta sobre o cerne da citada Resolução 487/2023 do CNJ. Nesse sentido, houve a preocupação inicial na edificação do artigo em tela, em estabelecer os aspectos gerais sobre o que a legislação penal e o Poder Judiciário explicitam sobre o tema, dissertando, na sequência, acerca dos aspectos de política manicomial em nosso país.

Em seguida, efetua-se uma abordagem sobre o panorama jurídico atual que circunda o presente tema, ressaltando como o Conselho Nacional de Justiça enfrentou o assunto e produziu a atual Resolução 487, de 15 de fevereiro de 2023, como escopo de dar outro direcionamento sobre a execução da medida de segurança no Brasil.

Por fim, realiza-se um exame crítico acerca da decisão do CNJ principalmente no sentido de não apresentar solução adequada para o cerne da questão, não explicitando caminhos mais sólidos que ajudariam a findar a insegurança jurídica que permeia toda a complexa matéria aqui exibida. Além disso, ao fim, busca-se explicitar ideias e sugestões que se concebe, na ótica do autor do estudo aqui exposto, serem oportunas ao assunto. É o que segue no desenvolvimento nas páginas subsequentes do presente estudo.

Como primeiro passo para a análise da Resolução 487 do CNJ, de 15 de fevereiro de 2023, é preciso dar atenção ao que a legislação comum determina como legal, possível e correto para o tratamento do agente inimputável (art. 26, *caput*, do CP) e semi-imputável (art. 26, parágrafo único, do CP) na esfera penal. Neste panorama, preliminarmente um breve exame sobre os dispositivos legais no ordenamento jurídico que versam sobre o tema mostra-se necessário.

Inicialmente cabe comentar o disposto no art. 26, do Código Penal. Assim, é enunciado:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nesse sentido, é perceptível que o aludido dispositivo legal traz consigo a definição da “inimputabilidade” (art. 26, *caput*, do CP) e “semi-imputabilidade” (art. 26, parágrafo único, do CP), nos casos de doença ou perturbação mental, bem como de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. O inimputável (art. 26, *caput*, do CP) é aquele que, no momento da ação ou da omissão, previstas no tipo penal, não possui a higidez biopsíquica (saúde mental + capacidade de apreciar a ilicitude do fato e de volição). Por conseguinte, o agente infrator não entende ou compreende o caráter ilícito de sua conduta devido a interferência na perspectiva cognitiva (discernimento) ou tem afetações na capacidade volitiva (controle das ações físicas) causada pela doença mental (quadro de alterações psíquicas qualitativas, de origem psicológica ou toxicológica) ou pelo desenvolvimento mental incompleto ou retardado (limitada capacidade de compreensão do ilícito ou da falta de condições de se autodeterminar, nos casos de a pessoa não ter atingido a sua maturidade intelectual e física plena), ensejando, com efeito, a aplicação da medida de segurança (art. 97, *caput*, do CP), como decorrência do injusto penal praticado. Já o semi-imputável (art. 26, parágrafo único, do CP) “é aquele que possui algum grau de discernimento e de capacidade volitiva no momento do fato ilícito, não tendo pleno entendimento de seus atos, tendo em vista a presença de uma perturbação da sua saúde mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, podendo, assim, ser condenado com pena reduzida” (Bitencourt, 2024) ou haver a substituição da pena de prisão aplicada por medida de segurança, nos termos do art. 98, do CP (Nucci, 2024).

Ademais, como forma de determinar a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade do autor do fato, é empregada a teoria biopsicológica, que afirma que a afetação cognitiva ou volitiva deve estar associada a uma enfermidade biológica presente no momento dos atos executórios do injusto penal. Logo, é de extrema importância um exame médico-legal para aferir a insanidade mental da pessoa (art. 149, do CPP), que identifique e vincule o injusto

penal executado à enfermidade do agente infrator, de modo que é preciso haver laudo médico para comprovar a doença mental ou mesmo o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (parte biológica), já que tal situação não é passível de verificação direta pelo juiz (Bitencourt, 2024; Nucci, 2024).

De forma convergente, “como critério para a diminuição da pena a ser apreciado pelo juiz, nos casos de semi-imputabilidade, entende-se que é necessário se atentar ao grau de perturbação da saúde mental. Quanto mais perturbado, maior a diminuição da pena (2/3); quanto menos, menor a diminuição (1/3), ou seja, depende da avaliação concreta do grau de incapacidade do agente infrator” (Nucci, 2024). Vale lembrar que o semi-imputável, uma vez estando presentes as demais categorias do crime, deverá ser condenado, pois tal agente possui culpabilidade diminuída (Capez, 2024).

De igual forma, com relação aos inimputáveis (art. 26, *caput*, do CP), diante da impossibilidade legal da aplicação de uma pena (art. 32, do CP, e art. 5º, da LCP), surge a viabilidade de aplicação de uma medida de segurança (art. 386, VI, e parágrafo único, III, do CPP), disciplinada, sobretudo, no Título VI do Código Penal, que consiste em uma sanção penal, com caráter preventivo e curativo, que visa cessar a periculosidade e evitar que o autor de um fato criminoso classificado como inimputável retorne a cometer outra infração penal. É, em outras palavras, um instrumento de proteção social, uma “pena terapêutica”, uma medida pedagógica, ainda que restrinja a liberdade. Sendo assim, o local, nos casos de necessidade de internação ou de internação provisória em que se cumpre a medida de segurança detentiva do infrator, são os já citados Manicômios Judiciários (Nucci, 2024).

No caso dos semi-imputáveis (art. 26, parágrafo único, do CP), em havendo a substituição da pena privativa de liberdade imposta por medida de segurança (art. 98, do CP), no momento da sentença condenatória, as finalidades da referida sanção penal, no transcurso da sua execução, são as mesmas das mencionadas acima para os inimputáveis do art. 26, *caput* do CP, diretrizes que estão apontadas no art. 1º, na LEP (Lei 7210/84).

Sobre o tema, veja-se:

Art. 96. As medidas de segurança são:

I – Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II – Sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único. Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido.

Tratando agora do art. 96, do CP, é notório que a periculosidade é o fator chave aqui para a aplicação de uma medida de segurança de internação, fenômeno que deve conciliar a

segurança social com o tratamento curativo do “paciente”. Logo, são ofertadas duas alternativas para o cumprimento, sendo elas a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (medida de segurança detentiva) ou o tratamento ambulatorial (medida de segurança restritiva). Contudo, o que nos interessa aqui, no presente estudo, é a primeira hipótese, a de reclusão em espaço adequado para um tratamento psíquico, ou seja, a obrigação de permanecer internado em hospital ou manicômio judiciário, sujeito a tratamento médico interno até que seja curado ou que seja extinta a punibilidade do autor do fato (art. 96, parágrafo único, do CP). Vale lembrar que, para que conte como cumprimento de medida de segurança, a internação deve ser por mandado judicial, associado a laudo médico, e não por internação espontânea (Nucci, 2024), já que o infrator não está, neste último caso, sujeito à fiscalização do Estado, ou seja, está sem restrições típicas da execução penal (Bitencourt, 2024).

Nesse contexto, surge a Lei 10.216/2001 (a Lei Antimanicomial), que prevê uma série de mecanismos para garantir o respeito aos direitos fundamentais dos portadores de doenças mentais, como, por exemplo, em seu art. 2º I, II e III, que garante, respectivamente, acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às necessidades específicas do indivíduo, tratamento com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade, além de proteção contra qualquer forma de abuso e exploração, sem ir de encontro ao enunciado do Código Penal e em conformidade com a Lei de Execução Penal. Contudo, hoje em dia, o que ocorre é um embate entre o texto legal do art. 97 do Código Penal com os critérios médicos de tratamento, fazendo, em síntese, a Lei 10.216/2001 concorrer com o cenário das medidas de segurança, tornando, logo, a citada lei ineficaz, pois não garante ao fim e de forma eficiente, nem a segurança, nem a cura (Nucci, 2024).

Sobre o tema, cabe verificar, ainda, o que segue:

Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Prazo

§ 1.º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Perícia médica

§ 2.º A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

Desinternação ou liberação condicional

§ 3.º A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§ 4.º Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

O que nos interessa aqui são as condições para a aplicação de uma medida de segurança, ou seja, a noção de que é imprescindível que a pessoa tenha praticado um injusto penal, isto é, um fato típico e antijurídico, no sentido que viole uma lei penal, ou seja, mesmo que inimputável, a simples doença mental não basta para a aplicação da sanção, devendo estar associado a uma ilicitude cometida pelo agente. Ademais, o ato criminoso deve ter nexo causal com a enfermidade, sendo a relação o motivo de realização da infração (Nucci, 2024; Bitencourt, 2024; Capez, 2024).

De acordo com o atual Código Penal, como condição para a aplicação de medida de segurança detentiva (art. 96, I, do CP) é necessário que o agente infrator inimputável (art. 26, *caput*, do CP) venha a praticar um injusto penal que tenha a pena de reclusão cominada. No caso do semi-imputável, na hipótese de aplicação do art. 98 do CP no momento da sentença condenatória, a medida de segurança detentiva (art. 96, I, do CP) substituirá a pena privativa de liberdade de reclusão que foi inicialmente imposta. Porém, tal direcionamento é injusto, pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama dos agentes doentes ou com perturbações mentais, que, por muitas vezes, poderiam ter as internações evitadas. O que se poderia propor em relação a uma nova interpretação do art. 97, do CP é, assim, a internação como caso último, prevalecendo a ideia de medidas de tratamento ambulatorial (Nucci, 2024).

Aludido direcionamento mais flexível é proposto, também, no art. 4º da Lei 10.216/01.

Outro ponto complexo reside na circunstância de que o § 1º, do art. 97, do CP, que indetermina o prazo de tratamento, podendo, por muitas vezes, gerar uma insegurança jurídica e médica, por não haver uma maior concretude sobre os resultados do tratamento. Caso fosse aplicada tal regra da indeterminação do prazo da medida de segurança, acabaria por expor os pacientes a grandes tempos de tratamento sem que se alcance uma real cura, podendo ensejar um número elevado e prolongado de internações hospitalares, bem como um questionável êxito na amenização da patologia psíquica. Trata-se de cenário que, sem dúvida, é inconstitucional, já que serve (face ao não alcance da cura) meramente como um limitador das liberdades individuais para àqueles que originalmente não poderiam ser submetidos à pena de prisão comum, além de ensejar uma possível situação de perpetuidade da mencionada sanção.

Todavia, a questão do prazo máximo indeterminado da medida de segurança, previsto no art. 97, § 1º, do CP, passou a ter outro direcionamento limitador pelas posições do STJ e do STF, que adiante serão abordadas.

Logo, o que se vê aqui é um desdém do cenário e da necessidade curativa em prol da defesa social, o que, indubitavelmente, é lesivo ao intuito final de tais instituições: a cura e reinserção social do criminoso portador de distúrbios mentais (Nucci, 2024; Pinheiro, 2024). Além disso, a ideia de que o internado será, consoante o disposto no § 3º, do art. 97, do CP, restituído ao seu status anterior à internação, parece, no entendimento do autor da presente investigação científica aqui explicitada, utópica e inviável.

É importante frisar aqui a sistemática dos seguintes semi-imputáveis:

Art. 98. Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Brevemente, o exposto aqui é que há a possibilidade de, no caso de semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, do CP), em vista da demonstração da periculosidade real do autor, a pena privativa de liberdade imposta na sentença condenatória poder ser substituída por medida de segurança, podendo resultar em um tratamento curativo de internação ou ambulatorial, conforme seja a espécie de pena de prisão aplicada, nos termos do art. 98, do CP. Contudo, deve-se lembrar a necessidade de estipulação de uma pena privativa de liberdade com redução de tempo, em correspondência com o art. 26, parágrafo único, do CP, para que, com suporte em laudo médico, seja avaliada a possibilidade de substituição da prisão imposta por medida de segurança, no momento da sentença condenatória. Igualmente, não é possível a substituição da medida de segurança por pena de multa aos semi-imputáveis (Nucci, 2024).

Acrescenta-se, ainda: “Art. 99. O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.”

A competência para determinar o recolhimento é do juiz da execução penal (art 66, V, d, e e f, da LEP). Neste sentido, compete ao Estado providenciar vaga adequada ao tratamento psíquico, devido a incompatibilidade do referido infrator com o sistema carcerário comum, cabendo, inclusive, *Habeas Corpus* no caso de ser colocado em regime comum. Logo, é indevida a segregação, em estabelecimento prisional comum, de inimputável submetido a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento, mesmo na hipótese de ausência de vaga nas instituições adequadas (Nucci, 2024).

Vale lembrar que, em respeito à Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito praticado (Brasil, 2015).

Como exemplo, veja-se a seguinte decisão do STJ sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. IMPUGNAÇÃO DEFENSIVA. MEDIDA DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO. EXAME DE CESSAÇÃO DE PERICULOSIDADE. NECESSIDADE. TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO, COM LIBERDADE VIGIADA DESCUMPRIDA. **PRAZO PREVISTO NA SÚMULA 527 DO STJ, AINDA NÃO ATINGIDO. RECURSO IMPROVIDO.** 1- [...] Esta Corte Superior firmou entendimento de que **a medida de segurança é aplicável ao inimputável e tem prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade (Precedentes STJ).** 4. Não se verificando tal condição, não há falar-se em extinção da medida de segurança [...] (AgRg no HC n. 455.452/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 21/6/2021.) 2- Nos termos da **Súmula 527, do STJ: O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.** 3- [...] nos termos dos artigos 26 e 97 do Código Penal, aquele que, ao tempo da ação ou omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato é isento de pena, podendo ser aplicada, entretanto, medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou tratamento ambulatorial. [...] (AgRg no AREsp n. 1.923.481/S, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 25/10/2021.) 4- No caso, praticado novo crime homicídio simples) pelo executado após a cessação da periculosidade do primeiro (lesão corporal), ainda não foi feito o exame de periculosidade quanto ao último delito. **No mais, ainda não foi atingido o prazo máximo da pena de homicídio simples.** Apesar de ter sido desinternado em relação ao crime de homicídio, foi determinado tratamento psiquiátrico, com liberdade vigiada, tendo o apenado descumprido a medida de acompanhamento. Assim, não há ilegalidade na determinação de novo exame de periculosidade. 5- **Agravo regimental não provido.** (Brasil, 2023a, grifo nosso).

Contudo, para o STF, a medida de segurança deve ser limitada ao tempo máximo permitido de cumprimento da pena privativa de liberdade, que, hoje, no caso de cometimento de crime, é de 40 anos, estabelecido pela atual redação do art. 75 do Código Penal. Trata-se de entendimento de que a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer vedação a penas de caráter perpétuo, teria também abrangido as medidas de segurança (art. 5º, XLVII, *b*, da CF) (Nucci, 2024).

Por conseguinte, o art. 97, § 1º, do Código Penal, deve ser interpretado em consonância com os princípios da isonomia e da razoabilidade. Dessa forma, mais uma vez é criada uma insegurança jurídica em nossa legislação, já que não há um consenso jurisprudencial, nem um entendimento judicial concreto, acerca do tempo máximo para cumprimento da medida de segurança.

Veja-se, como exemplo, o voto do Ministro Marco Aurélio, do STF, sobre o assunto, devendo atentar-se que na época da decisão, antes da edição do chamado Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), o tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade pelo cometimento de crimes era o de 30 anos:

Observe-se a garantia constitucional que **afasta a possibilidade de ter-se prisão perpétua**. A tanto equivale a indeterminação da custódia, ainda que implementada sob o ângulo da medida de segurança. O que cumpre assinalar, na espécie, é que a paciente está sob a custódia do Estado, pouco importando o objetivo, há mais de trinta anos, valendo notar que o pano de fundo é a execução de título judiciário penal condenatório. **O artigo 75 do Código Penal há de merecer o empréstimo da maior eficácia possível, ao preceituar que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos**. Frise-se, por oportuno, que o artigo 183 da Lei de Execução Penal delimita o período da medida de segurança, fazendo-o no que prevê que esta ocorre em substituição da pena, não podendo, considerada a ordem natural das coisas, mostrar-se, relativamente à liberdade de ir e vir, mais gravosa do que própria apenação. É certo que os 1º do artigo 97 do Código Penal dispõe sobre prazo da imposição da medida de segurança para inimputável, revelando-o indeterminado. **Todavia, há de se conferir ao preceito interpretação teleológica, sistemática, atentando-se para o limite máximo de trinta anos fixado pelo legislador ordinário, tendo em conta a regra primária vedadora da prisão perpétua**. A não ser assim, há de concluir-se pela inconstitucionalidade do preceito. (Brasil, 2005, grifo nosso).

Ao fim, o que há de se pensar é que a medida de segurança deve durar e ser executada da seguinte forma: Precisa-se de uma conciliação entre ambos os entendimentos jurisdicionais, isto é, do STJ e do STF, em que o máximo de tempo possível para uma medida de segurança seria quarenta anos (art. 75 do Código Penal). Todavia, para que seja possível se aplicar o limite citado, o agente deve cometer um crime que preveja a sua pena máxima com 40 anos (atualmente o tipo penal do art. 121-A, do CP, correspondente ao feminicídio, por exemplo) ou que, no caso de concurso de crimes, o resultado culmine na referida quantidade ou em patamares mais elevados. Nos demais casos, contudo, em que a previsão legal da pena máxima do crime seja inferior aos quarenta anos citados, tem-se que o tempo da medida de segurança será igual à pena máxima cominada à infração realizada. Cabe sublinhar que no caso de contravenção penal, o limite máximo possível de pena de prisão simples a ser cumprida pelo agente infrator é de cinco anos, consoante o disposto no art. 10, da LCP (Decreto-Lei 3688/41).

2 DO PROBLEMA

Antes propriamente de examinar o conteúdo da Resolução 487 do CNJ, de 15 de fevereiro de 2023, entende-se ser necessária uma análise mais profícua sobre os aspectos envolvidos nas instituições chamadas de Manicômios Judiciários. Sendo assim, tal análise baseia-se em três fatores que serão discutidos individualmente: o funcionamento de tais locais; a prevalência da segurança em relação à cura e o possível descumprimento de direitos fundamentais; a indeterminação do tempo de internação e a permanência em cumprimento de medida de segurança acima do tempo necessário.

Primeiramente, tratar-se-á do funcionamento de tais instituições. Como já dito, tais locais buscam a conciliação entre a proteção e a cura dos infratores. Nesse sentido, o que se afirma é a existência de um modelo de execução de privação de liberdade, com imposição de regimento de horários e controle de tempo, organização geográfica similar ao sistema carcerário e a confusão entre profissionais de saúde e segurança (Cicolella; Kruse, 2016).

Outrossim, é perceptível a existência de um poder disciplinar que rege e delimita a atitude dos pacientes, já que, a partir da imposição de uma rotina, de um modelo padronizado de comportamento, criam-se corpos dóceis, suscetíveis à perpetuidade no sistema manicomial sem agressividade ou periculosidade. Associado a isso há uma organização geográfica que atua como um meio coercitivo para impedir a tentativa de fuga, revolta ou qualquer meio de resistência que possam ser tentados, já que, normalmente, os locais possuem guarda durante 24 horas e uma torre de vigia que permite a observação do agente policial sem os observados saberem que estão sendo vistos, como também o fato de os quartos se assemelharem a celas. Logo, o medo de ser pego, o receio de estar sendo observado atua aqui como um instrumento de coação e, igualmente, como uma forma de criação de corpos dóceis. Por fim, a confusão entre agentes de segurança e cura afasta mais uma vez a possibilidade de conciliação entre os fatores, já que não há uma especialização ou perícia necessária do profissional, que por muitas vezes atua ao mesmo tempo como guarda e enfermeiro. (Cicolella; Kruse, 2016; Foucault, 2019).

Prosseguindo, abordando agora sobre a prevalência da segurança em relação à cura e ao descumprimento de direitos fundamentais, é notório que, a partir da docilização dos corpos explicada acima, torna-se cômodo o mero tratamento paliativo do infrator, pois surge o ideal de que a pessoa, ao estar reclusa e dócil, seria um problema a menos a se dar atenção. Logo, o elemento da defesa se sobressai frente a reinserção e cura (Pinheiro, 2024).

Da mesma forma, como enunciado pela professora Carla Pinheiro, a fim de perpetuar a docilização são aplicados aos pacientes desses locais sanções no caso de descumprimento dos preceitos de seguridade, como, por exemplo, privação de alimentação. De igual maneira, é inegável a discussão de que o paciente está lá sem o seu devido consentimento, afirmando-se que o tratamento seria inadequado, já que é imposto contra a vontade do criminoso, além de excluir alternativas ao tratamento das doenças mentais e do sofrimento psíquico. Sobre o tema, surge o debate acerca da possível vulnerabilidade ética dos médicos, frente ao fato do risco de alguns priorizarem a indústria farmacêutica do que o tratamento mais adequado ao paciente. Por fim, o uso de manuais de diagnósticos (como CID e DSM) estigmatizam o paciente, tornando-os números, retirando a sua personalidade. Frente a isso,

torna-se inquestionável um cenário de possível lesão a Direitos Fundamentais que ocorre em tais ambientes, principalmente ao “superprincípio” da Dignidade da Pessoa Humana (Pinheiro, 2024).

Por fim e como último tópico para a conceitualização do problema, na visão do autor do artigo aqui em desenvolvimento, a indeterminação do término preciso do tempo de tratamento e a permanência em cumprimento de medida de segurança acima do lapso necessário são outros possíveis empecilhos que tangenciam os manicômios judiciais. Nesse contexto, tal afirmativa baseia-se na ideia de que o paciente só pode ser reinserido e reintroduzido na sociedade após estar curado da enfermidade mental, contudo, tal processo não possui um período exato, durando o tempo necessário para que se alcance a plena higidez. O problema está no fato de que tal processo pode exigir um longo período terapêutico, dependendo dos recursos ofertados para o tratamento. Contudo, não é novidade que o Estado não possui condições de ofertar a todos os fatores necessários para a cura efetiva de suas enfermidades mentais, podendo, em algumas situações, expor tais pessoas a tempos prolongados de tratamento, muitas vezes maiores do que os que seriam empregados no caso de um acompanhamento em um hospital comum. Vale lembrar que a liberação do paciente está condicionada a laudo médico e que após a “cura”, o sujeito deve ser liberado e retornar à mesma situação em que estava antes de ser internado, podendo ensejar condição de extrema dificuldade de execução, já que o tempo de internação vem associado a um estigma social, com receio de se culminar, por vezes, numa difícil reinserção. Outrossim, a prevalência da vigilância à cura pode explicar o porquê, em alguns casos, da lentidão dos tratamentos.

Portanto, após a análise, torna-se inegável que os Manicômios Judiciais, no cerne de sua ideia fundamentadora, poderiam gerar bons resultados. Contudo, devido ao seu funcionamento, em geral, precário, a falta de recursos estatais para o alcance rápido e efetivo da cura e a extrema similitude ao modelo carcerário comum acaba por expor os seus pacientes a possíveis situações de descumprimento de seus direitos fundamentais e lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3 DA RESOLUÇÃO 487 DO CNJ

Frente ao exposto na problematização, no ano de 2023, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como forma de resolver a delicada e importante questão, estipulou a Resolução 487, que estabelece a Instituição da Política Antimanicomial do Poder Judiciário no Brasil e determina procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos

Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001 no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança, limitando a imposição de medida de internação ou de internação provisória a hipóteses absolutamente excepcionais (Brasil, 2023b).

Diante disso, ao tratar das Disposições Gerais, a Resolução do CNJ formaliza a Política Antimanicomial para o tratamento das pessoas com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial que estejam custodiadas. Considera-se como transtorno mental ou deficiência psicossocial aquela pessoa que apresenta algum *comprometimento, impedimento ou dificuldade psíquica, intelectual ou mental* que, confrontada por barreiras atitudinais ou institucionais, tenha inviabilizada a plena manutenção da organização da vida ou lhe cause sofrimento psíquico e que apresente necessidade de cuidado em saúde mental em qualquer fase do ciclo penal, independentemente de exame médico-legal ou medida de segurança em curso (Brasil, 2023b).

Nesse sentido, em seus arts. 1º e 2º é estabelecida uma grande rede de apoio ao tratamento mental, com o uso de Redes de Atenção Psicossocial (Raps), Centros de Atenção Psicossocial (Caps), Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT), Centros de Convivência e Cultura, Unidades de Acolhimento (UAs) e leitos de atenção integral (em Hospitais Gerais). Além disso, o que se busca é a composição de uma equipe multidisciplinar profissionalmente competente e especializada, a fim de estimular a reinserção integral, em todos os aspectos sociais, do relativo incapaz, não apenas do ponto de vista curativo, mas profissional, educacional, entre outros (Brasil, 2023b).

De maneira similar, no art. 3º, em respeito à Lei n. 10.216/2001, são fixadas as diretrizes básicas do tratamento mental, dando valor pontífice à dignidade humana, à singularidade e à autonomia de cada pessoa; ao devido processo legal e à ampla defesa; e ao direito à saúde integral, privilegiando-se o cuidado em ambiente terapêutico em estabelecimentos de saúde de caráter não asilar, pelos meios menos invasivos possíveis (Brasil, 2023b).

Ademais, ao abordar o tema das Diretrizes da Política Antimanicomial, primeiramente, no art. 4º é descrito o procedimento que deve ser respeitado pelas audiências de custódia. Logo, quando o assunto for relacionado à doença mental, caberá à autoridade judicial o encaminhamento para atendimento voluntário na Raps voltado à proteção social em políticas e programas adequados, a partir de fluxos pré-estabelecidos com a rede, com direito de manifestação de vontade dada pelo infrator ou seu curador durante todo o ato judicial. No caso de ser constatada a crise mental, solicitar-se-á tentativas de manejo de crise pela equipe qualificada, podendo, inclusive, haver o auxílio do Serviço Móvel de Urgência (SAMU) para

manejo. Ademais, nos casos de uso de algemas ou outros equipamentos de contenção, deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade do uso da força e não discriminação, ou seja, apenas o necessário para conter o lesionado psíquico. Ao fim, na hipótese de não poder haver relaxamento da prisão, será avaliada, por autoridade judicial competente, a imposição de medida cautelar, buscando-se evitar medidas que dificultem o acesso ou a continuidade do melhor tratamento disponível ou que apresentem exigências incompatíveis ou de difícil cumprimento diante do quadro de saúde apresentado, como também medidas concomitantes que se revelem incompatíveis com a rotina de acompanhamento na rede de saúde (Brasil, 2023b).

Outrossim, há de se analisar a necessidade de tratamento em saúde mental no curso de prisão preventiva ou outra medida cautelar, como enunciado pelo art. 9º, que afirma a ideia de que se a pessoa necessitar de tratamento em saúde mental no curso de prisão processual ou outra solução reclusiva, a autoridade judicial deverá adequar o regime prisional desta pessoa para início ou continuidade de tratamento em serviços da Raps, em conformidade com o conselho da equipe multidisciplinar, como, também, se a pessoa estiver solta, reavaliará a necessidade e adequação da medida cautelar em vigor. De forma convergente, a análise sobre a imputabilidade da pessoa, quando necessária, poderá ser qualificada com requisição de informações sobre o atendimento e o tratamento dispensado nos serviços aos quais a pessoa esteja vinculada, respeitado o sigilo de informações pessoais e médicas, conforme artigo 10º (Brasil, 2023b).

Indo ao encontro do exposto no art. 11º da aludida Resolução 487, do CNJ, nos casos em que há imposição de medida a autoridade judicial determinará a modalidade mais indicada ao tratamento de saúde da pessoa acusada, considerados a avaliação biopsicossocial, associada a outros exames que venham a complementar a necessidade de imposição do estabelecido no Código Penal. Além disso, os pareceres das equipes multiprofissionais que atendem o paciente na Raps, da EAP ou outra equipe conectora são fundamentais para embasar a aplicação ou alteração do instituto de seguridade (Brasil, 2023b).

Sobre o art. 12, que aborda o tratamento ambulatorial, é dito que a medida de tratamento ambulatorial será priorizada em detrimento da medida de internação, de maneira a haver acompanhamento pela autoridade judicial através do Poder Judiciário, Raps e equipes multidisciplinares, sendo avaliada a evolução da cura do paciente para a extinção da medida de tratamento ambulatorial no mínimo uma vez ao ano (Brasil, 2023b).

Finalmente, no art. 13 é exposto sobre a medida de internação, que ocorrerá em hipóteses absolutamente excepcionais, quando não cabíveis ou suficientes outras medidas

cautelares diversas da prisão e quando compreendidas como recurso terapêutico momentaneamente adequado, ou seja, sempre deve ser priorizado caminhos alternativos de tratamento, que estejam em melhor paralelo com os direitos humanos. Sendo assim, *a medida de internação agora será cumprida em hospital comum (geral)*, como forma de evitar que qualquer pessoa nessas condições seja mantida em regime prisional. Findará a internação quando for demonstrada a sua desnecessidade enquanto recurso terapêutico, possibilitando o acompanhamento psicossocial perpetuar-se nos demais dispositivos da Raps, em meio aberto. Em similitude, será ofertado ao paciente em internação oportunidades de reencontro com sua comunidade, sua família e seu círculo social e atividades em meio aberto, a fim de evitar sua exclusão do mundo do trabalho e social (Brasil, 2023b).

Em seguimento, sobre a necessidade de tratamento em saúde mental no curso da execução da pena, o art. 15 prevê avaliação de necessidade pela equipe judicial, com adequação da prisão em vigor ante a demanda de atenção à saúde, podendo haver ou não a mudança de pena para medida de segurança, de acordo com parecer do Raps e equipes de auxílio (Brasil, 2023b).

Igualmente, a desinstitucionalização, em correspondência do art. 16, ocorrerá em *um prazo de 6 meses* após a entrada em vigor da Resolução, *extinguindo as medidas ainda vigentes ou na busca de realizar uma progressão para tratamento ambulatorial em meio aberto ou transferência para estabelecimento de saúde adequado*. Tal dispositivo se destina a todos aqueles que cumprem medida de internação em Manicômios Judiciários ou institutos semelhantes, às pessoas que permaneçam nesses estabelecimentos apesar da extinção da medida ou da existência de ordem de desinternação condicional e aos com transtorno mental ou deficiência psicossocial que estejam em prisão processual ou cumprimento de pena em unidades prisionais, delegacias de polícia ou estabelecimentos congêneres.

Por fim, o art. 18 determina que *em seis meses após a entrada em vigor da resolução deverá ocorrer a interdição parcial de estabelecimentos, alas ou instituições congêneres de custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil, para que em um prazo gradual de doze meses culmine na interdição total e o fechamento dessas instituições* (Brasil, 2023b).

Em consonância, das disposições finais, recomenda-se que em qualquer processo criminal em que haja o envolvimento de doentes mentais seja dado preferência a programas comunitários ou judiciários de justiça restaurativa, a partir da utilização de vias consensuais alternativas, visando à desinstitucionalização. É também garantido o apoio do Conselho Nacional de Justiça para a execução da Resolução, bem como assegurado a aplicação da legislação aos adolescentes com transtorno ou sofrimento mental apreendidos, processados

por cometimento de ato infracional ou em cumprimento de medida socioeducativa (Brasil, 2023b).

Sobre o tema, veja-se:

Figura 1 – Implementação da Política Antimanicomial no Brasil após a Resolução



Fonte: Bandeira; Borges, 2024.

Por fim, junto com a Resolução 487, o Conselho Nacional de Justiça publicou o chamado “Manual da Política Antimanicomial do Poder Judiciário”, um documento que sistematiza, explica e resume o que outrora fora estabelecido na legislação estudada. Nesse sentido, tal manual busca explicitar como ocorrerá a aplicação da Resolução no Brasil, elencando atividades tomadas para a efetivação do que foi prescrito, como, por exemplo, a criação de um plano de educação permanente em políticas penais e judiciárias, saúde mental e assistência social para orientação acerca da Política Antimanicomial do Poder Judiciário e a realização de diagnósticos estaduais e pesquisas sobre a população com transtorno mental ou

deficiência psicossocial em conflito com a lei (incluídos percentuais que averiguem a adoção da medida de segurança de tratamento ambulatorial no total de casos) (Weber *et. al.*, 2023).

Além disso, o referido Manual traz consigo a explicação de como funcionará o Processo Jurisdicional para a aplicação da medida de segurança, de maneira a revelar uma nova hermenêutica processual que, em consonância com o viés abolicionista manicomial, excetua a internação a casos de extrema necessidade (Weber *et. al.*, 2023).

Contudo, apesar de interessantes as propostas, respeitosamente cabe opinar acerca da utopia que é supor que materialmente seja possível atender ao que foi proposto, tanto na Resolução 487 do CNJ, quanto no Manual de explicação. Cito como exemplo a disponibilidade de leitos hospitalares para todo o contingente manicomial em um hospital comum, que, a meu ver, não conseguiria suportar mais essa nova leva de pacientes (não haveria vagas para todos). Ademais, também, do ponto de vista processual, a razoabilidade de tratar um inimputável possuidor de distúrbio mental mais agudo, que tenha cometido fatos típicos graves, como, por exemplo, de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do CP), feminicídio (art. 121-A, do CP) ou estupro (art. 213, do CP), com a aplicação prevalente de tratamento ambulatorial (art. 96, II, do CP), suscita questionamentos sobre a efetividade e o risco que tal medida de segurança terá, uma vez que o agente infrator continuará a ter um contato social frequente, podendo haver o temor da reincidência da conduta delitiva.

4 DOS EFEITOS PRAGMÁTICOS

Após uma análise da legislação, do Problema e da Resolução 487 do CNJ, desenvolvidos nos capítulos precedentes 1.2 e 1.3, cabe agora uma análise sobre os resultados que tal nova regulamentação acarretará para efeitos pragmáticos.

Dessa forma, na concepção do autor da presente pesquisa jurídica aqui exibida, parece utópico crer que tais novas diretrizes sejam o caminho para o fim do problema jurídico acerca dos procedimentos a serem empregados aos agentes portadores de doenças ou perturbações mentais que venham a praticar injustos penais no Brasil. Logo, a aludida Resolução 487 do CNJ, *a priori*, acaba com um problema tangencial ao núcleo principal da matéria, ou seja, finda-se o possível descumprimento dos direitos básicos, contudo, a dificuldade e necessidade de conciliar o tratamento conciliatório entre segurança e cura permanece, pois, ao contrário do que ocorria anteriormente, *as novas regras acabam por priorizar a cura frente à defesa social*. Vale lembrar que os sujeitos que se encontram em tais regimes de internação não são, em geral, pessoas com simples transtornos mentais, de fácil

cura, pois são indivíduos que podem apresentar, dependendo do quadro clínico, riscos sociais a si, aos seus familiares e à comunidade como um todo. Logo, não basta uma alternativa simples, seja esta a mera extinção dos Manicômios Judiciários, para a solução de um fator complexo. Contudo, cabe destacar, que as novas diretrizes representam, certamente, um grande avanço para que se concretize e se alcance os resultados positivos desejados referentes às políticas antimanicomiais no Brasil.

Ademais, parece que para casos psiquiátricos mais singelos, como uma simples perturbação cognitiva ou volitiva, a referida Resolução 487 do CNJ pode surtir efeitos positivos imediatos, a partir da oferta de tratamento alternativo à internação. Contudo, para os casos mais graves, como os que apresentam psicose aguda, por exemplo, surge o pensamento de que é um risco alto simplesmente desinternar ou vedar internações, como forma de medida de segurança, para tais pessoas autoras de injustos penais, passando para a adoção de um procedimento de um regime comum de tratamento. Conforme já explanado, a realidade da política hospitalar no Brasil não dispõe, em determinadas situações, dos recursos suficientes para uma terapêutica efetiva do paciente judiciário, bem como não parece, respeitosamente, que as unidades de assistência, como Raps e Caps tenham a estrutura necessária para a oferta de um tratamento efetivo. Diante disso, podemos compreender casos complexos, segundo do Protocolo Interinstitucional de 4 de outubro de 2024 aqueles que desafiam as equipes a buscarem saídas mais articuladas, demandando encaminhamentos mais atentos e estratégias de monitoramento diante da implementação dos fluxos aqui propostos em decorrência de situações (Silva *et al.*, 2024, p. 61). A partir disso, com base no Protocolo anteriormente citado, o CNJ elenca uma série de medidas para que se perpetue a atenção as situações mais delicadas, como contínuas avaliações do estado cognitivo e volitivo do paciente, bem como a desospitalização como última etapa do tratamento (Silva *et al.*, 2024, p. 62), ações estas que corroboram o ponto de vista da necessidade de haver uma maior atenção aos casos de maior risco, bem como perpetuar, mesmo que momentaneamente, a internação.

Veja-se, como exemplo dos riscos suscitados e em conformidade com a ideia anteriormente proposta de manter a internação em casos graves, o julgado de um Recurso de Apelação na Comarca de São Valentim/RS feito pelo relator Luciano Andre Losekann:

APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIOS TENTADO E CONSUMADO. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA COM APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO NA ORIGEM. RECURSO DEFENSIVO QUE PRETENDE A SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR TRATAMENTO AMBULATORIAL: Diante da incontroversa inimputabilidade penal do apelante, correta a absolvição imprópria e aplicação de medida de

segurança. Não se desconhece que a Resolução nº 487/2023 do CNJ, que instituiu a política antimanicomial do poder judiciário, prioriza o tratamento ambulatorial em detrimento da internação. Todavia, o documento não extinguiu a possibilidade legal de internação, apenas a tornou excepcional. **Caso concreto que justifica a excepcionalidade de tal medida.** Réu que atingiu a sobrinha com uma foice, no tornozelo, quando foi lhe ministrar a medicação antipsicótica. Após, atingiu a segunda vítima, que foi defender a primeira, com a mesma foice, na cabeça, face, tórax e ventre, causando sua morte e fugindo com a chegada de vizinhos. acusado que, na avaliação psiquiátrica, ofertou relato no sentido de estar sendo perseguido e ameaçado, além de referir a presença de terceiro (inexistente) como tendo sido quem atingiu sua sobrinha. Sintomatologia psicótica que denota a esquizofrenia não controlada presentemente. **Possibilidade de risco no tratamento ambulatorial neste momento, uma vez que o acusado não está com o tratamento ajustado o suficiente e poderá eventualmente ferir quem lhe preste cuidados, sobretudo no interior da própria família, que assume a responsabilidade de auxílio nessa modalidade de medida de segurança. Caso concreto em que é recomendável manter a internação até que os psiquiatras responsáveis considerem o tratamento suficientemente ajustado e os sintomas psicóticos (e persecutórios) esbatidos para que o paciente tenha condições de o receber em meio externo.** Sentença confirmada. **Apelação desprovida.** (Rio Grande do Sul, 2023, grifo nosso).

Convergente com a complexidade do assunto está o aspecto do tempo fixado para a aplicação da política (12 meses), que se revela como precipitado, pois pode acarretar o risco com que as pessoas que anteriormente tinham um acompanhamento minimamente adequado sejam largadas sem rumo na sociedade, expostos a um ambiente com estigmas, que marginaliza e exclui tais indivíduos. Sendo assim, se o caminho fosse o fim dos institutos manicomiais, a evolução deveria ser gradual, de forma a possibilitar um maior estímulo aos mencionados agentes inimputáveis e semi-imputáveis, todavia, não de forma abrupta como ocorreu inicialmente. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça aumentou os prazos para a implementação da Resolução no país, conforme o Relatório de implementação da Política Antimanicomial do Poder Judiciário de 23 de agosto de 2024, estabelecendo como prazo máximo para implementação da política a data de 29 de novembro de 2024 (Miranda, 2024, p. 39). Tal iniciativa demonstra, indubitavelmente, a necessidade de gradualidade para que se aplique o estipulado na legislação estudada, devendo, em minha opinião, haver uma nova prorrogação do prazo.

Ademais, quanto à aplicação e respeito à Lei n. 10.216/2001, o que ocorre é um efeito placebo legal, pois, na medida em que se cumpre os critérios de respeito aos direitos humanos, descumpre-se os preceitos básicos de busca de cura para os casos mais delicados que necessitam do fator de defesa, de modo a gerar um efeito nulo, pois resolve um problema ao mesmo tempo que cria outro. Nesse sentido, enuncia o Relatório da Política Antimanicomial do CNJ de 23 de agosto de 2024:

A primazia, portanto, deve ser a garantia do direito fundamental à saúde nos moldes preconizados pela legislação vigente a partir do reconhecimento do modelo de tratamento efetivo para pessoas com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial, devendo ser tratadas em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis. (Miranda, 2024, p. 14).

Tal enunciação destaca, novamente, a sobreposição da segurança frente ao fator medicinal curativo, fator que suscita questionamentos e receios sobre a possibilidade de representar um aumento da periculosidade social.

5 DA SOLUÇÃO DO PROBLEMA

É inegável os problemas que os Manicômios Judiciários apresentam, contudo, é possível especular que a sua extinção repentina não seja o caminho para o fim do empecilho, pois, como dito, ocorre a resolução de um problema (possível descumprimento de direitos) ao mesmo tempo da criação de outro (possível aumento da periculosidade social) e, por consequência, a possível perpetuação do cerne da questão (a oferta da vigilância e cura em um mesmo local).

Nesse cenário, um caminho viável para a solução do complexo empecilho venha a ser a manutenção parcial de algumas instituições manicomiais, com a devida reestruturação de seu funcionamento e com outro modelo, fazendo efetivamente cumprir a plenitude dos direitos fundamentais constitucionais, dos direitos humanos e dos preceitos de tratamento mental, explicitados, de modo especial, na Lei 10.216/01, de forma a se viabilizar o fator de segurança já, outrora, ofertado por tais locais, associado com a intensificação do panorama curativo e da dignidade humana.

Ademais, é de indubitável importância, como já ofertado pela aludida Resolução 487/23 do CNJ e enunciado pelo Protocolo Interinstitucional de outubro de 2024, que os Manicômios Judiciários sejam destinados a casos excepcionais, os mais graves, no sentido de que sejam a *ultima ratio*, de forma que quadros clínicos mais simples sejam resolvidos a partir de tratamento ambulatorial ou em hospitais gerais, por exemplo. Por conseguinte, uma intervenção estatal para a oferta de recursos se revela como fundamental para a disponibilização de equipamentos, remédios e capacitação profissional no que se refere ao tratamento dos internados, visando pôr fim à indeterminação do tempo de tratamento e buscando tornar este mais rápido e eficaz. Para tal, necessita-se que sejam alocados recursos financeiros arrecadados pela União para estes institutos.

Além disso, como discutido na Comissão de Segurança Pública, no debate sobre a política antimanicomial no Judiciário, realizado em 7 de maio de 2024, no Senado Federal, que tratou sobre os desdobramentos da Resolução nº 487/2023 do CNJ e a política antimanicomial no Brasil (Desdobramentos..., 2024), é perceptível que há uma dicotomia entre as áreas do Direito, da Medicina e da Psicologia a respeito do estipulado pela mencionada Resolução 487/23 do CNJ. Enquanto o panorama jurídico apoia o fim dos institutos manicomiais, em prol do cumprimento dos direitos constitucionais, os especialistas da área da saúde e psicologia são, em grande maioria, desfavoráveis à norma do CNJ, já que afirmam o alto risco que há em manter os sujeitos criminosos providos de doenças mentais expostos a um tratamento comum, sem a devida atenção à proteção social (Desdobramentos..., 2024). Logo, como um dos pontos conclusivos do presente artigo, sugere-se a possibilidade de ocorrer uma mediação entre ambas as áreas, mas, priorizando-se o conselho medicinal, como forma de proporcionar o melhor resultado à sociedade e aos pacientes.

Por fim, vale dizer que a Resolução 487/23 não é, em sua totalidade, inadequada. Há, portanto, a possibilidade de se aproveitar a sua estrutura para a aplicação da política antimanicomial, fazendo-se reformas tópicas no que se refere ao fim dos institutos, modos de realização de tratamento e abrandamentos de problemas já apresentados. São ações que o CNJ, nos últimos meses, já vem tomando, seja a partir do Relatório de implementação da Política Antimanicomial do Poder Judiciário ou pelo Protocolo Interinstitucional de 2024, atitudes que demonstram, felizmente, que breve poderá, a política antimanicomial, torna-se real e com êxito em nosso país.

CONCLUSÃO

Como forma de concluir a presente discussão, é imprescindível notar a ineficácia inicial da Resolução 487/23 do CNJ para o cumprimento da política antimanicomial no Brasil, já que se foca no fim de um problema tangencial ao principal, fazendo, portanto, perpetuar a questão complexa envolvendo algumas pessoas, portadoras de distúrbios mentais mais acentuados, quando cometem injustos penais de maior gravidade, consoante foi suscitado anteriormente. Contudo, em decorrência dos últimos debates e medidas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça, o futuro é promissor no que se refere à efetividade da mencionada Resolução e, em especial, à implementação da política abolicionista dos manicômios judiciários.

Outrossim, o que se deve buscar é a reinserção social do paciente recluso em tratamento de internação. Para isso, nos casos mais gravosos, como os apontados como mera ilustração, os manicômios judiciais necessariamente deverão ter a devida reforma estrutural e funcional, que esteja em plena harmonia com o interesse constitucional de garantia de direitos fundamentais, de dignidade humana e se dando mais valor ao tratamento curativo já realizado em tais locais, de modo que podem, enquanto não totalmente implementados os efeitos da Resolução 487 do CNJ, representar o caminho mais seguro e eficaz para o alcance do objetivo proposto.

Nesse sentido, mesmo que presentes os obstáculos legais e empíricos para a implementação da Resolução do Conselho Nacional de Justiça, não se pode negar que o ideal presente na normativa estudada é um grande avanço na busca pela humanização do tratamento aplicado à pessoa com perturbação mental, além de ser uma conquista para a plena efetivação da luta antimanicomial. Logo, não é possível ignorar que, em seu cerne, a estipulação do CNJ significa um avanço para o tratamento penal e direitos humanos dos inimputáveis, propondo, mesmo que, por vezes, de forma equivocada, alternativas aos problemas atuais da aplicação da Medida de Segurança no Brasil.

É, por encerramento, necessária uma discussão mais aprofundada sobre a legislação manicomial, envolvendo os vários segmentos da sociedade e da ciência, buscando-se uma alternativa eficaz e justa, que contemple tanto o cumprimento de direitos fundamentais e cura quanto a segurança social.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Regina; BORGES, Beatriz. Política antimanicomial: estados e municípios terão mais prazo para implementação. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 26 fev. 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/politica-antimanicomial-estados-e-municipios-terao-mais-prazo-para-implementacao>. Acesso em: 3 ago. 2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v. 1: parte geral** (arts. 1º a 120). 30 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 mai. 2024.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. **Lei n. 10.206, de 6 de abril de 2001.** Lei Antimanicomial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 15 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 842194/SP.** Paciente: Maria de Lourde Figueiredo. Impetrante: PGE-SP - Waldir Francisco Honorato Junior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 16 ago. 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79519>. Acesso em: 23 ago. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 527.** Brasília, 13 mai. 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=527>. Acesso em: 15 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 787382/PR.** Agravante: Antonio Laercio dos Santos Lima. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná e Ministério Público Federal. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 7 fev. 2023a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203786569&dt_publicacao=13/02/2023. Acesso em: 23 ago. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 487, de 15 de fevereiro de 2023b.** Institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4960>. Acesso em: 8 jun. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, v. 1:** parte geral (arts. 1º a 120). São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

CICOLELLA, Dayane de Aguiar; KRUSE, Maria Henriqueta Luce. Casa de Loucos ou Casa de Presos? A enfermagem em manicômio judiciário. **Texto & Contexto Enfermagem**, Florianópolis, v. 25, n. 4, p. 1-8, 2016.

DESDOBRAMENTOS da Resolução nº 487/2023 do CNJ e a Política Antimanicomial no Brasil. **Senado Federal**, Brasília, 7 mai. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoaudiencia?id=28360>. Acesso em: 15 jun. 2024.

MIRANDA, Melina Machado *et al.* Relatório: implementação da Política Antimanicomial do Poder Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 21 ago. 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/09/relatorio-politica-antimanicomial-2024-08-23.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal, v. 1:** parte geral, arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

PINHEIRO, Carla. **Manual de psicologia jurídica.** São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

POLÍTICA Antimanicomial do Poder Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 2024. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/direitos-humanos/politica-antimanicomial-do-poder-judiciario>. Acesso em: 8 dez. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. **Processo n. 5000693-34.2021.8.21.0152**. São Valentim, 5 dez. 2023. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/resumo?numeroProcesso=50007436020218210152>. Acesso em: 21 jun. 2025.

SILVA, Alyne *et al.* **Política Antimanicomial do Poder Judiciário**: Protocolo Interinstitucional. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2024.

WEBER, Rosa *et al.* **Manual da Política Antimanicomial do Poder Judiciário**: Resolução CNJ n. 487 de 2023. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2024.

CASO CHAMPINHA: UMA BREVE ANÁLISE À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA MORAL DE HUME, ALINHADA À TEORIA DA AMORALIDADE PARCIAL DO DIREITO

CHAMPINHA CASE: A BRIEF ANALYSIS IN THE LIGHT OF BRAZILIAN CRIMINAL LAW FROM THE PERSPECTIVE OF HUME'S MORAL THEORY, ALIGNED WITH THE THEORY OF PARTIAL AMORALITY OF LAW

Luis Frederico Heydt¹

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

RESUMO

O presente artigo propõe analisar e discutir o caso Champinha, caso que envolveu o sequestro e assassinato de um casal jovem no Brasil em 2003, sob a luz dos ensaios sobre moralidade do filósofo David Hume. Além disso, a teoria da amoralidade parcial do direito de Miguel Reale auxilia na construção crítica da relação existente entre as decisões judiciais presentes no caso em tela e as implicações morais nas quais elas se baseiam. Assim, pelo método de pesquisa bibliográfica, buscou-se versar sobre os diversos desdobramentos do processo e os impactos deste na sociedade e ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE

Champinha – Teoria da moralidade – Teoria da amoralidade parcial do direito – Estatuto da Criança e do Adolescente – Princípios morais.

SUMÁRIO

Introdução. 1 Justificativa da abordagem filosófica e da teoria moral de Hume. 1.1 Críticas e respostas à teoria moral de David Hume. 2 Introdução do caso Champinha: fatos, antecedentes e decisões judiciais. 2.1 Desdobramento do caso: repercussão pública e debates éticos. 2.2 A tese de Marília Budó e a legitimação discursiva no caso Champinha. 2.3 Aspectos jurídicos do caso à luz do direito penal brasileiro. 3 A perspectiva moral de David Hume no caso Champinha: uma análise crítica. 3.1 O sentimento como fundamento da moralidade: a teoria de David Hume. 3.2 A percepção da responsabilidade moral em Champinha: uma análise humeana do caso. 4 Miguel Reale e os limites da moralidade na aplicação do direito: o contexto do caso Champinha. 4.1 Direito e moral: a autonomia parcial da norma na visão de Miguel Reale. 4.2 Análise do caso Champinha à luz da amoralidade realeana. Conclusão. Referências.

REFERÊNCIA: HEYDT, Luis Frederico. Caso Champinha: uma breve análise à luz do direito penal brasileiro sob a perspectiva da teoria moral de Hume, alinhada à teoria da amoralidade parcial do direito. **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 198-220, ago. 2025.

INTRODUÇÃO

A brutalidade do caso Champinha, ocorrido em 2003, expôs não apenas os limites do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), mas também os pontos de tensão entre direito, moral e emoção na sociedade brasileira. O envolvimento de um adolescente como autor de um crime hediondo provocou uma indignação generalizada e levantou questões cruciais sobre a imputabilidade penal, a eficácia das medidas socioeducativas e os limites do poder punitivo do Estado. Diante disso, este artigo propõe uma análise crítica do caso à luz da teoria moral de David Hume, que enfatiza o papel das emoções nos julgamentos morais, e da teoria da amoralidade parcial do direito, de Miguel Reale, que distingue os campos da moralidade e da normatividade jurídica. Nesse contexto, a análise se detém em como as contribuições de David Hume, ao conceber a moralidade como um fenômeno de sentimentos, e de Miguel Reale, ao postular a autonomia parcial do ordenamento jurídico, permitem compreender a

ABSTRACT

This article proposes to analyze and discuss the Champinha case, a case that involved the kidnapping and murder of a young couple in Brazil in 2003, in the light of philosopher David Hume's essays on morality. Furthermore, Miguel Reale's theory of partial amorality of law helps in the critical construction of the relationship between the judicial decisions present in the case at hand and the moral implications on which they are based. Thus, using the bibliographic research method, it was sought to address the various developments of the process and its impacts on society and the legal system.

KEYWORDS

Champinha – Theory of morality – Theory of partial amorality of law – Statute of Children and Adolescents – Moral principles.

lacuna entre a resposta legal e as expectativas sociais por punição, bem como os desafios impostos por essa tensão à integridade e à coerência do sistema penal juvenil.

O presente trabalho adota abordagem qualitativa e método bibliográfico, com caráter analítico e interdisciplinar. O percurso textual inicia-se com a exposição detalhada dos fatos que compõem o caso Champinha, seguida pela apresentação dos fundamentos das teorias selecionadas, a teoria da moralidade de David Hume e a teoria da amoralidade parcial de Miguel Reale, finalizando com uma análise crítica da forma como o sistema jurídico respondeu ao caso em questão. Mais do que apresentar um levantamento doutrinário, o artigo busca integrar teoria e prática, refletindo sobre os efeitos da comoção pública nas decisões jurídicas, especialmente no que tange à interdição civil e à internação compulsória do adolescente infrator. Pretende-se, com isso, demonstrar os riscos que a moralidade difusa e emocionalizada pode representar à racionalidade e neutralidade do sistema jurídico brasileiro.

A adoção da teoria de David Hume justifica-se pela centralidade que o autor atribui aos sentimentos na formação dos juízos morais, especialmente em situações de intensa comoção social. Para Hume, é a emoção, e não a razão pura, que fundamenta as distinções sociais entre certo e errado. Essa abordagem se mostra particularmente fecunda para interpretar a reação do público ao caso, em que sentimentos de repulsa, medo e desejo de vingança moldaram a forma como o adolescente foi julgado moralmente, mesmo sendo juridicamente inimputável. Em complemento, o modelo teórico de Reale, oferece um instrumental teórico capaz de delimitar os contornos entre moral e o ordenamento jurídico, reconhecendo zonas de interseção (2006), mas também de autonomia normativa. A articulação dessas duas perspectivas filosóficas permite analisar criticamente como a indignação popular ultrapassou os limites morais legítimos e interferiu diretamente nas decisões institucionais, comprometendo a coerência do sistema jurídico.

1 JUSTIFICATIVA DA ABORDAGEM FILOSÓFICA E DA TEORIA MORAL DE HUME

A opção por uma abordagem filosófica, e especificamente pela teoria moral de David Hume, encontra justificativa em sua capacidade de elucidar as dimensões subjetivas e emotivas que permeiam o caso Champinha. O filósofo escocês (2009) argumenta que os juízos morais não derivam da razão pura, mas sim dos sentimentos e paixões humanas. Essa perspectiva se mostra particularmente relevante para analisar um caso como o Champinha, em que a brutalidade do crime desencadeou uma onda de indignação e revolta na sociedade,

influenciando sobremaneira a resposta jurídica e o debate público. A teoria de Hume, embora alvo de críticas por parte de alguns filósofos, oferece um arcabouço conceitual valioso para compreender a gênese dos juízos morais em situações de grande indignação social. Ao invés de buscar fundamentos racionais e objetivos para a moralidade, o empirista volta-se para a experiência humana, para os sentimentos de prazer e dor que determinadas ações provocam nos indivíduos. Essa abordagem permite analisar como a reação coletiva gerada pelo crime, impregnada de sentimentos como repulsa, indignação e desejo de vingança, moldou a percepção do crime e influenciou o tratamento jurídico dispensado ao infrator.

Além disso, a teoria de Hume oferece um instrumental valioso para a compreensão da discrepância entre a inimizabilidade jurídica de Champinha e a sua responsabilização moral perante a sociedade. Se a moralidade, conforme o filósofo, está enraizada nos sentimentos, a idade cronológica – que é o fator determinante da inimizabilidade legal – perde relevância diante da forte desaprovação emocional provocada pelo crime. Nesse sentido, a análise do caso, sob a perspectiva humeana, propicia uma reflexão sobre a complexa relação entre a emoção, que dita a responsabilização moral no juízo popular, e a razão, que fundamenta a inimizabilidade jurídica, no âmbito do direito penal juvenil.

1.1 Críticas e respostas à teoria moral de David Hume

A teoria moral de David Hume, apesar de sua influência duradoura, não escapou de críticas e objeções por parte de outros filósofos e pensadores. Uma das críticas mais contundentes vem de Immanuel Kant, em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785). Kant critica a abordagem do empirista em fundamentar a moralidade em sentimentos, argumentando que isso a torna excessivamente subjetiva e contingente. Para Kant, a moralidade deve basear-se na razão e em princípios universais, e não em inclinações ou emoções variáveis. Kant argumenta que os sentimentos são efêmeros e podem variar de pessoa para pessoa, enquanto a razão fornece uma base sólida e universal para os juízos morais. Ele propõe o conceito de imperativo categórico, um princípio ético supremo que é incondicional e vinculante para todos os seres racionais.

Em resposta a essa crítica, os defensores da teoria de Hume, como Simon Blackburn em *Ruling Passions: A Theory of Practical Reasoning* (1998) e Norman Kemp Smith em *The Philosophy of David Hume* (1941), argumentam que, embora os sentimentos possam variar entre os indivíduos, existem também sentimentos morais compartilhados e universais, como a simpatia e a benevolência, que fornecem uma base para a moralidade comum. Além disso, o

autor não nega completamente o papel da razão na moralidade. Ele reconhece que a razão permite entender os fatos de uma situação e considerar as consequências das ações humanas, o que pode influenciar os sentimentos morais da população. Alguns intérpretes de Hume também argumentam que sua teoria não é tão subjetivista e relativista quanto seus críticos afirmam. O filósofo escocês postula a existência de um espectador imparcial ou ponto de vista da humanidade, que permite uma avaliação das ações e dos sentimentos de um ponto de vista mais objetivo e desinteressado.

Ademais, para os defensores de Hume, embora os sentimentos sejam subjetivos, eles se tornam normativamente significativos quando inseridos no contexto social da intersubjetividade. A moralidade, nessa concepção, não é uma emoção isolada, mas uma construção compartilhada que emerge das relações sociais, valores coletivos e práticas culturais recorrentes. Assim, destaca-se a ideia de que o pensador escocês antecipa um modelo de ética relacional, em que a moralidade resulta do convívio humano, da empatia e da identificação mútua. Essa leitura enfatiza que sentimentos como compaixão e indignação não são meras reações individuais, mas expressões sociais que servem como guias morais legítimos. Nesse sentido, a teoria de Hume não seria irracional, mas sensível à complexidade da experiência humana, recusando a abstração fria da razão kantiana.

No contexto do caso Champinha, por exemplo, essa interpretação ganha relevância. Ao invés de desqualificar a resposta social como puramente irracional, a teoria sentimental reconhece sua legitimidade emocional, mas adverte para seus limites institucionais. A empatia e a indignação coletiva são compreensíveis, mas não devem substituir os critérios objetivos do sistema normativo. O teórico não propõe uma moralidade anárquica, mas sim uma ética que reconhece o papel estruturante das emoções humanas, desde que mediadas pela convivência e pela moderação institucional.

Por fim, é importante notar que o debate sobre a teoria moral de Hume continua até hoje, com filósofos oferecendo várias interpretações e críticas. Dessa forma, sua teoria continua sendo uma contribuição importante e influente para o campo da ética, e suas ideias sobre o papel das emoções na moralidade permanecem relevantes e provocativas.

2 INTRODUÇÃO DO CASO CHAMPINHA: FATOS, ANTECEDENTES E DECISÕES JUDICIAIS

Em novembro de 2003, o casal Liana Friedenbach, de 16 anos, e Felipe Caffé, de 19 anos, decidiu acampar em Embu-Guaçu, município situado na Região Metropolitana de São

Paulo, a 44 km da capital. Embora Felipe já conhecesse o local, Liana informou aos pais que viajaria com amigos da escola para Ilhabela, mantendo apenas seu irmão de 10 anos e uma amiga cientes do verdadeiro destino (Souto, 2023b). Na noite de 1º de novembro, enquanto acampavam, foram surpreendidos e sequestrados por Roberto Aparecido Alves Cardoso, conhecido como Champinha, e Paulo César, apelidado Pernambuco (Girão, 2023). No dia subsequente, ao descobrirem que Felipe não possuía dinheiro e, além disso, era irmão de um policial, os criminosos o assassinaram a tiros (Souto, 2023a). Paralelamente, a família de Liana, que já havia descoberto a dissimulação, acionou a polícia. Cumpre ressaltar que a dupla contou com a participação de mais três indivíduos, Antônio Matias de Barros, Antônio Caitano da Silva e Agnaldo Pires os quais não apenas auxiliaram na manutenção do cativeiro de Liana, mas também participaram dos abusos sexuais perpetrados contra a vítima (Souto, 2023a). Após quatro dias de sequestro, Champinha, em um ato de extrema violência, assassinou Liana com quinze facadas (Girão, 2023). Cinco dias após o homicídio de Liana, Champinha foi interrogado e confessou os crimes. Posteriormente, duas semanas depois, realizou-se a reconstituição criminal, a qual evidenciou a frieza dos criminosos diante dos acontecimentos, conforme atestou a perita-chefe do Instituto de Criminalística de Taboão da Serra, Angela Saporito: “Não se sensibilizaram em nenhum momento”.

2.1 Desdobramento do caso: repercussão pública e debates éticos

Os eventos de 2003 desencadearam um dos mais intensos debates sobre justiça juvenil na história brasileira, mobilizando a opinião pública e reacendendo discussões sobre a eficácia do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Souto, 2023b). Conforme documentado na ampla cobertura jornalística ao longo de duas décadas desde os primeiros registros em 2003 até a recente reportagem de Tomaz (2023) no G1 São Paulo, a natureza brutal do crime, associada ao fato de Champinha ter cometido os assassinatos aos 16 anos, com histórico de delinquência já conhecido na região, gerou uma comoção nacional sem precedentes (Souto, 2023a). Esta conjunção de fatores a violência extrema do crime, a menoridade do infrator e seu histórico delituoso não apenas reativou o debate sobre a redução da maioridade penal na época, mas continua a ecoar no sistema judiciário brasileiro. Prova disso é a recente criação, em 2023, de um comitê interdisciplinar pelo governo paulista para avaliar o tratamento médico-psicossocial de Champinha na Unidade Experimental de Saúde (UES) (Tomaz; Acayaba, 2023), demonstrando como o caso permanece como um paradigma dos desafios da justiça juvenil no país.

Na época, a cobertura do caso revelou aspectos particularmente chocantes: em matéria intitulada *Crime e Castigo: o Caso que Abalou o Brasil*, a revista destacou a suposta declaração de Champinha — “Matei porque senti vontade” — que, segundo análise do psiquiatra forense Dr. Guido Palomba entrevistado para a reportagem, sugeria “grave distúrbio de personalidade”. Paradoxalmente, a defesa apresentava outra narrativa, com a mãe do acusado, Maria das Graças, descrevendo-o como “um anjo em casa”, em entrevista ao programa Fantástico.

No âmbito legislativo, a comoção pública gerada pelo caso resultou em propostas extremas, sendo a mais radical a PEC 20/2003, apresentada pelo senador Magno Malta, do Espírito Santo, e batizada como “PEC Liana Friedenbach”, em homenagem a uma das vítimas. Conforme análise do Jornal da Câmara (2004), esta proposta, que visava reduzir a maioria penal para 13 anos em casos de crimes hediondos como homicídio e estupro, foi uma entre cinco iniciativas similares que tramitaram no Congresso, entre os anos de 2003 e 2004. Contudo, como alertava o editorial *Justiça e Emoção* da Folha de S.Paulo (2003), nenhuma dessas propostas, todas motivadas pelo clamor coletivo, logrou aprovação, evidenciando os riscos de decisões legislativas tomadas sob forte impacto emocional.

Por fim, a profunda divisão social gerada pelo caso refletiu-se nos dados de opinião pública: pesquisa Datafolha (2003) registrou que 84% dos brasileiros apoiavam a redução da maioria penal naquele contexto, revelando o abismo entre a posição majoritária da população e os argumentos técnicos de especialistas em direitos humanos que defendiam a manutenção do ECA.

2.2 A tese de Marília Budó e a legitimação discursiva no caso Champinha

A tese de doutorado de Marília Budó, *Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil* (2013), encontra uma correlação notável com as representações midiáticas e as discussões no poder legislativo em torno do caso Champinha.

A pesquisa parte de uma perspectiva crítica sobre o aumento da repressão penal em diversas partes do mundo, com foco especial no Brasil. Marília Budó observa que, mesmo após a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) — um marco legal que visa à proteção integral de crianças e adolescentes —, o encarceramento de jovens, principalmente os de baixa renda, continua a crescer. O problema central da tese é investigar como os discursos políticos e midiáticos sobre o ato infracional e a medida socioeducativa de privação

de liberdade contribuem para a reprodução de um discurso hegemônico. Esse discurso, por sua vez, influencia diretamente a formulação e implementação de políticas públicas para crianças e adolescentes, perpetuando a lógica do encarceramento.

Para analisar essa complexa interação, Budó se apoia na criminologia crítica. Essa corrente da criminologia questiona as estruturas de poder que definem o que é crime e quem é criminoso, expondo as desigualdades sociais e econômicas que influenciam o sistema de justiça criminal. A criminologia crítica permite desvendar como o sistema penal, muitas vezes, serve para controlar e punir grupos sociais marginalizados. Além disso, a tese utiliza os estudos críticos do discurso como ferramenta metodológica. Essa abordagem permite analisar como a linguagem e as narrativas são construídas e utilizadas para legitimar certas práticas e visões de mundo. Ao examinar os discursos políticos e midiáticos, a pesquisa busca identificar os mecanismos pelos quais a repressão penal da juventude é justificada e aceita socialmente.

Desse modo, pela tese da autora, percebe-se como o discurso adotado pela representação midiática do caso, contribuiu diretamente para a desumanização do adolescente, isto, alinhado a discursos políticos desassociados da realidade jurídica do país, criaram uma narrativa de periculosidade extrema que serve para legitimar a expansão do controle penal e do encarceramento, mesmo que contrariem princípios de garantias inalienáveis ou a própria finalidade do ECA, como afirma Marília: “Os meios de comunicação desempenham um papel fundamental na demonização da juventude pobre, reforçando estereótipos que legitimam práticas repressivas” (2013, p. 284). Assim, corrobora-se para a criação da ideia de “proteger a sociedade de um inimigo”.

Nesse sentido, quando um indivíduo é rotulado como “inimigo” ou “monstro”, como ocorreu no episódio em tela, o foco se desvia da prevenção, da ressocialização e da análise das causas estruturais da criminalidade para a mera neutralização ou exclusão desse “perigo” à sociedade. Isso justifica medidas mais duras, como o encarceramento prolongado ou a redução da maioria penal, mesmo que essas medidas não abordem as raízes do problema e, muitas vezes, contribuam para a perpetuação do ciclo de violência e marginalização. Dessa forma, a criminologia crítica argumenta que essa construção do “inimigo” é funcional para a manutenção de estruturas de poder existentes. Ao apontar um “inimigo” externo e perigoso, desvia-se a atenção das falhas sociais, das desigualdades e da responsabilidade do próprio Estado na produção da violência. Cria-se um consenso em torno da necessidade de punição, reforçando a ideia de que a solução para a criminalidade reside unicamente no controle e na exclusão, e não na inclusão social, na garantia de direitos e na promoção de oportunidades.

2.3 Aspectos jurídicos do caso à luz do direito penal brasileiro

O episódio “Caso Champinha” gerou intensos debates no cenário jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito ao tratamento legal dispensado a menores infratores e à aplicação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). À época dos crimes, Roberto Aparecido Alves Cardoso, o Champinha, tinha 16 anos e, portanto, era inimputável conforme o artigo 228 da Constituição Federal (Brasil, 1988) e o Código Penal Brasileiro (Brasil, 1940), que estabelecem a maioridade penal apenas aos 18 anos. Por isso, ele não pôde ser julgado como os demais adultos envolvidos no crime.

No julgamento dos coautores adultos — Antonio Caitano da Silva, Agnaldo Pires, Antônio Matias de Barros e Paulo César da Silva (Pernambuco) —, houve condenações severas. Antônio Matias foi condenado a seis anos por sequestro, porte de arma e favorecimento pessoal, já tendo cumprido a pena. Antonio Caitano foi condenado a 26 anos por estupro, sequestro qualificado, favorecimento pessoal e porte ilegal de arma, e cumpre pena em regime aberto desde 2020. Agnaldo Pires foi sentenciado a 47 anos por múltiplos estupros, teve pena reduzida e encontra-se em liberdade. Já Paulo César, conhecido como Pernambuco, cumpre pena de 110 anos em regime fechado por cárcere privado, sequestro, homicídio qualificado e estupro, com progressão de regime prevista apenas para 2051, considerando a obrigatoriedade do cumprimento de 40% da pena em razão da natureza hedionda dos crimes (Souto, 2023a).

Diferentemente dos adultos, Champinha foi submetido à medida de internação socioeducativa, conforme previsto nos artigos 121, 122 e 123 do ECA (Brasil, 1990). A legislação vigente determina que, mesmo nos casos mais graves, a internação de um adolescente não deve ultrapassar três anos. Nesse período, a medida necessita ser reavaliada a cada seis meses por uma equipe multidisciplinar, composta por psicólogos e assistentes sociais, para verificar a necessidade de sua manutenção. Ademais, caso fosse identificado algum transtorno mental, o juiz poderia determinar sua suspensão e encaminhamento do adolescente para tratamento em unidade de atenção à saúde mental, sem que isso implicasse envio a manicômios e presídios.

No entanto, após o término da medida socioeducativa, o Ministério Público solicitou a interdição civil de Champinha com base na Lei nº 10.216/2001, Lei da Reforma Psiquiátrica (Brasil, 2001), alegando que o jovem apresentava quadro de transtorno de personalidade antissocial (TPAS) e desvio de caráter, o que o tornaria incapaz de conviver em sociedade. A Justiça acatou o pedido e determinou sua internação compulsória na Unidade Experimental de

Saúde (UES), administrada pela Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo e com segurança vinculada à Secretaria da Administração Penitenciária. A instituição, que abriga apenas cinco internos, não é classificada formalmente como hospital psiquiátrico de custódia nem como presídio. A manutenção de Champinha por tempo indeterminado na UES tem sido alvo de intensas críticas de juristas e entidades de direitos humanos.

Nesse contexto, especialistas na área apontam as ilegalidades no processo. O advogado criminalista João Paulo Martinelli descreve o processo como uma “gambiarra jurídica” e enfatiza que a internação compulsória para tratamento não tem previsão legal, sendo uma restrição de liberdade sem amparo constitucional. Em contrapartida, os advogados criminalistas Alexandre Ribeiro Filho e Adib Abdouni têm uma perspectiva diferente. Eles defendem que Champinha não está cumprindo pena, mas sim uma “medida de segurança” que dura enquanto sua periculosidade for atestada periodicamente. Abdouni, em particular, considera que a Justiça, por um caminho inédito e contestado, está conseguindo impedir que ele cometa novos crimes em prejuízo da sociedade (15 anos..., 2018).

A crítica mais contundente à situação de Champinha, sob a perspectiva do Direito Penal Juvenil, é a do jurista Sérgio Salomão Shecaira, professor de direito da USP. Em sua obra *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*, Shecaira (2008) argumenta que a conversão da medida socioeducativa em uma internação compulsória indefinida representa uma transgressão dos limites legais. Ele destaca que a internação de Champinha não se baseia em um ato judicial que respeite o devido processo legal, e que a Lei nº 10.216/2001, usada para justificar a interdição, não foi concebida para permitir internações por tempo indeterminado. A tese do autor é que o caso se tornou uma situação “totalmente *sui generis*”, onde o Estado, sob o pretexto de proteção social, viola princípios constitucionais fundamentais, como o direito à liberdade e o devido processo legal, resultando em uma forma de punição camuflada.

A subversão do ECA no episódio narrado não deve ser vista como uma exceção isolada, mas como um sintoma de um problema estrutural: quando a sociedade enxerga adolescentes infratores como monstros, o sistema socioeducativo perde sua finalidade pedagógica e se converte em um mecanismo de controle penal extrajudicial. A longa internação de Champinha, portanto, expõe a fragilidade do sistema em manter seus princípios frente ao clamor popular, revelando uma tensão permanente entre a doutrina da proteção integral e a lógica punitivista.

Além da controvérsia em torno da base jurídica da internação, outras críticas têm surgido em relação às condições da própria UES. Nesse sentido, o Ministério Público Federal,

com apoio do Conselho Regional de Psicologia, já pleiteou o fechamento da UES, sob o argumento de que o tratamento prestado aos internos não atende aos critérios de dignidade e eficácia. A situação ganhou novos contornos com a publicação da Resolução nº 487/2023 do Conselho Nacional de Justiça (Brasil, 2023), que determina a interdição progressiva de instituições psiquiátricas de custódia, priorizando o tratamento ambulatorial pela Rede de Atenção Psicossocial do SUS para pessoas inimputáveis que cometeram delitos. A resolução também proíbe novas internações nessas instituições e prevê o fechamento completo dessas unidades no prazo de 12 meses após sua entrada em vigor. Com a indefinição jurídica sobre a natureza da UES e diante das novas diretrizes do CNJ, o futuro da unidade é incerto. O atual governador do estado de São Paulo, Tarcísio de Freitas, já manifestou a intenção de transferir os internos da UES e modificar sua função institucional (Tomaz; Acayaba, 2023). Enquanto isso, pedidos de liberdade para Champinha, que já completou 37 anos e 21 anos de reclusão, sendo 3 anos na antiga Febem e 18 anos na UES, continuam sendo sistematicamente negados pelos tribunais superiores, STF e STJ.

O processo judicial de Roberto Aparecido Alves Cardoso se tornou um caso *sui generis* no sistema jurídico brasileiro, em que a interdição civil e a internação em uma unidade de saúde, após o cumprimento da medida socioeducativa, funcionaram como uma forma de exceção à regra, mantendo o indivíduo sob custódia indefinidamente. Tal situação exemplifica a tese de Budó, pois ilustra como o discurso da “alta periculosidade” e a pressão social podem levar à criação de mecanismos jurídicos e institucionais que, na prática, contornam os limites legais e resultam em uma forma de punição perpétua, legitimada pela suposta imperiosidade da defesa social contra o indivíduo estigmatizado como inimigo.

Essa situação suscita relevantes reflexões sobre os limites da punição estatal em face de indivíduos inimputáveis, os critérios para prorrogação indefinida de medidas restritivas de liberdade após o cumprimento da pena socioeducativa, e a tensão entre proteção social e violação de direitos fundamentais. O caso desafia o entendimento jurídico sobre a natureza das medidas socioeducativas, se têm caráter punitivo ou exclusivamente educativo, e, se possui caráter punitivo, quais os limites para esse, além de lançar luz sobre o difícil equilíbrio entre segurança pública, saúde mental e o respeito ao devido processo legal.

A ruptura com os princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade e temporariedade das medidas privativas de liberdade é a marca mais preocupante do caso. A continuidade da custódia levanta sérios questionamentos sobre a existência de uma punição camuflada. Esse modelo, embora juridicamente travestido de proteção à saúde, guarda fortes traços de um sistema de exceção permanente, onde a expectativa de ressocialização cede lugar

à neutralização preventiva. Tal prática exige revisão crítica urgente, sob pena de se institucionalizar um tipo de encarceramento sem fim, à margem das garantias fundamentais do devido processo legal.

Portanto, a análise dos desdobramentos do ato criminoso revela não apenas complexidades jurídicas, mas também profundas tensões morais e emocionais que conflagraram a sociedade brasileira. A brutalidade dos crimes e a percepção de uma impunidade legal para o adolescente infrator instigaram um intenso debate público sobre justiça e retribuição, tornando evidente a discrepância entre as expectativas morais da coletividade e as respostas oferecidas pelo sistema jurídico. É precisamente essa lacuna entre o sentir justo e o agir legal que exige uma análise mais profunda, para a qual as teorias de Hume e Reale se mostram essenciais.

3 A PERSPECTIVA MORAL DE DAVID HUME NO CASO CHAMPINHA: UMA ANÁLISE CRÍTICA

3.1 O sentimento como fundamento da moralidade: a teoria de David Hume

Para adentrar na complexidade das reações morais despertadas pela tragédia de Embu-Guaçu, faz-se imperativo, primeiramente, compreender as bases da filosofia moral de David Hume.

Inicialmente, urge uma contextualização maior da moralidade, que é uma noção tão antiga quanto a própria filosofia, estando presente nas reflexões humanas desde Sócrates, sendo estudada ao longo dos séculos por pensadores como Aristóteles, Kant, Schopenhauer e Nietzsche. Apesar de sua onipresença, a moralidade permanece como um conceito multifacetado e, muitas vezes, subjetivo. Em sua dimensão etimológica, o termo “moralidade”, do latim *moralitas*, refere-se ao conjunto de valores, regras e costumes que orientam a conduta de indivíduos e grupos sociais (Moralidade, 2020). No entanto, sua aplicação prática exige um exercício constante de reflexão, especialmente quando confrontada com dilemas éticos e jurídicos contemporâneos. Dentre os filósofos que se dedicaram à análise de princípios morais, destaca-se David Hume (1711-1776), que propôs uma teoria inovadora ao deslocar o centro dos princípios morais da razão para o sentimento. Em sua obra *Investigação sobre os Princípios da Moral* (Hume, 2009), o autor escocês defende que os juízos morais não derivam de princípios racionais objetivos, mas sim das emoções humanas. Assim, sentimentos como empatia, indignação, prazer ou repulsa são os verdadeiros motores

que orientam o senso do que é certo ou errado. Para o empirista, os princípios éticos são uma expressão das paixões humanas, e não da razão pura.

Desse modo, a teoria da moralidade, cunhada por David Hume, representa uma síntese complexa e perspicaz sobre as bases da ética humana. Em sua obra monumental *Tratado da Natureza Humana* e em ensaios posteriores, o autor desenvolve uma visão que desafia conceitos tradicionais de juízo moral, baseando-se em uma abordagem empirista e emotivista (Santos, 2010).

Central para os postulados humeanos está a ideia de que os juízos morais não são fundamentados na razão pura, como defendido por filósofos anteriores, mas sim nas emoções e sentimentos humanos. Para o filósofo escocês, a moralidade não é um conjunto de princípios objetivos ou leis universais, mas sim um produto da natureza emocional e social (Hume, 2009). Assim, o filósofo argumenta que a origem da moral coletiva se dá como consequência direta dos ensinamentos que concebem os indivíduos na estrutura humana, sociedade na qual estão inseridos. Desse modo, os princípios morais derivam de sentimentos humanos fundamentais, como a simpatia, a empatia e a benevolência. Esses sentimentos surgem da capacidade humana de se identificar com os outros e de sentir prazer com a felicidade alheia e dor com o sofrimento alheio. Assim, os julgamentos morais dos indivíduos são influenciados pela maneira como se concebem as relações emocionais com os outros e as suas ações. Tal ideia explícita-se num dos ensaios do filósofo em que afirma que: “os objetos não possuem absolutamente nenhum valor em si mesmos, o seu valor deriva exclusivamente da paixão”, de modo que assim se percebe a capacidade dos indivíduos de atribuírem valores às coisas que os rodeiam.

Por conseguinte, uma das contribuições mais influentes de Hume para a ética é a sua distinção entre factos e valores. Ele argumenta que os juízos morais não podem ser deduzidos apenas de factos empíricos, pois envolvem uma dimensão subjetiva que transcende a mera descrição da realidade. Por outras palavras, o teórico rejeita a ideia de que se pode derivar diretamente de imperativos morais a partir de factos observáveis. Isso se dá devido ao filtro individual e subjetivo que cada sujeito possui da interpretação da realidade ao seu redor. Além disso, Hume desafia a noção de que a razão desempenha um papel central na formação dos juízos morais. Ele argumenta que a razão é apenas um instrumento para alcançar os objetivos e desejos, mas não pode determinar esses objetivos ou desejos em si mesmos. Em vez disso, são as emoções e sentimentos que motivam os indivíduos a agirem de maneiras moralmente significativas.

No entanto, isso não significa que Hume defende um relativismo moral completo. Embora reconheça a natureza subjetiva dos juízos morais, ele também reconhece a existência de padrões de conduta que são universalmente reconhecidos como benéficos para a sociedade. Esses padrões emergem da interação entre os indivíduos e são moldados pela evolução cultural e social. Por esse viés que vai ao encontro de um pensamento inclinado ao realismo, é apresentada uma visão contrária à de Hume para apoiar ideias subjetivistas. O debate entre o pensador ser subjetivista ou realista está presente nos estudos das suas teorias e ensaios. À vista disso, um dos maiores comentadores das obras humeanas, Norman Kemp Smith, visa demonstrar o realismo presente nas meditações do filósofo britânico, assim, afirma-se a existência de uma realidade independente das deturpações das capacidades cognitivas do indivíduo (Smith, 1941). Contudo, a perspectiva humeana admite uma terceira via interpretativa que supera a dicotomia entre subjetivismo e realismo: a intersubjetividade. Como demonstra Capaldi (1975) em sua análise, as ideias presentes nos pensamentos de Hume representam um meio-termo dialético entre essas duas correntes, pois o fenômeno moral só se torna plenamente inteligível quando compreendido dentro do contexto social que o produz. Essa perspectiva revela como a moralidade humeana surge necessariamente das relações intersubjetivas, não se reduzindo a instâncias puramente individuais, como propõe o subjetivismo radical, nem a princípios transcendentais, como defende o realismo moral.

A abordagem de Capaldi (1975) destaca que, para Hume, os valores éticos derivam daquilo que poderia ser chamado de “natureza humana socializada” — a capacidade de simpatia e formação de hábitos se desenvolve exclusivamente através da vida coletiva (Hume, 2009). Esse posicionamento constitui uma crítica contundente ao racionalismo ético, deslocando o fundamento da moralidade da razão abstrata, como em Kant, 1785, para as práticas afetivas compartilhadas no âmbito social (Blackburn, 1998). Assim, a interpretação intersubjetiva proposta por Capaldi (1975) enriquece significativamente a compreensão da ética humeana ao demonstrar que os juízos morais são essencialmente co-construídos, formando-se através das interações sociais e sendo permanentemente modificáveis por novas experiências coletivas. Trata-se de uma abordagem antifundacionalista, que prescinde de bases metafísicas para a moral, sem por isso cair num relativismo extremo. Desse modo, a teoria de Hume oferece não apenas uma crítica contundente às concepções racionalistas tradicionais, mas apresenta um modelo positivo alternativo que articula de maneira original emoção, sociabilidade e senso de justiça. Essa complexa articulação continua a desafiar e inspirar debates contemporâneos em filosofia moral, especialmente em discussões sobre a relação entre psicologia moral, instituições sociais e normatividade ética.

Em suma, a centralidade dos sentimentos na moralidade humeana, ancorada na simpatia e na experiência, oferece uma lente para a compreensão da natureza não-racional de muitos dos juízos sobre o certo e o errado. Com essa compreensão da arquitetura do pensamento moral humeano, pode-se refletir como esses princípios se manifestam e se chocam com a realidade do episódio Champinha.

3.2 A percepção da responsabilidade moral em Champinha: uma análise humeana do caso

Com as premissas da teoria moral de David Hume bem estabelecidas, torna-se possível aplicar suas lentes para decifrar a intensa reação emocional e moral que permeou o caso. A adoção da perspectiva humeana no presente artigo se justifica justamente pelo potencial dessa abordagem em iluminar fenômenos nos quais o fator emocional se sobressai ao racional, como ocorre em casos criminais de grande repercussão social. Assim, tal caso serve como objeto de análise exemplar para tal proposta. Afetos, como indignação, revolta e desejo de punição, segundo Hume, não apenas moldam a opinião pública, mas também influenciam diretamente o funcionamento das instituições jurídicas e o modo como os agentes do sistema penal reagem a eventos dessa natureza. O clamor social por punição e a frequente crítica à suposta impunidade de adolescentes infratores indicam que, muitas vezes, as decisões institucionais podem ser guiadas mais por afetos do que por princípios jurídicos abstratos.

A controvérsia em torno da inimputabilidade penal de Champinha em razão de sua menoridade à época dos fatos e a consequente aplicação de uma medida socioeducativa, ao invés de uma pena criminal, geraram uma intensa comoção social e um profundo sentimento de injustiça na população. Sob a ótica da teoria moral de David Hume, essa reação popular pode ser compreendida como o afloramento de um forte sentimento de desaprovação diante de um ato que chocou profundamente a sensibilidade moral coletiva. A violência extrema dos delitos, sequestro, assassinato, estupro, provocou no público um sentimento de repulsa tão avassaladora que suplantou qualquer inclinação à simpatia ou compreensão pelas circunstâncias do agressor, como sua idade ou vulnerabilidade. O monstro forjado na narrativa midiática era, para a percepção moral humeana, a personificação de uma ação que gerava unânime e veemente desaprovação, tornando difícil para a sociedade aceitar uma resposta jurídica que não se alinhava a esse sentimento de retribuição moral. A idade cronológica, critério biológico adotado pelo Código Penal, que estabelece que menores de 18 anos são penalmente inimputáveis e que determina que esses sejam submetidos à legislação especial,

nesse contexto de forte paixão, tornava-se secundária para o juízo moral popular que clamava por uma justiça pautada pela intensidade da indignação e não pela frieza da norma legal.

Nesse sentido, a análise do caso sob a perspectiva de Hume promove a reflexão sobre a complexa relação entre emoção, razão e responsabilidade moral no âmbito da esfera jurídica penal juvenil. Se a moralidade está intrinsecamente enraizada nos sentimentos, como argumenta o filósofo escocês, a mera idade cronológica pode não ser o único ou mais relevante fator determinante para a imputação da responsabilidade moral por um ato ilícito. A capacidade de discernir o bem e o mal, de sentir a aprovação ou a desaprovação, e de desenvolver a simpatia por outros — elementos cruciais na formação da moralidade humeana — não necessariamente se alinha de forma linear com a maioria civil ou penal. O clamor por uma responsabilização sentida, que transpasse a barreira da inimputabilidade legal de Champinha, é um testemunho da força dos sentimentos morais sobre a lógica jurídica.

Assim, a repulsa social ao caso seguiu a lógica humeana da simpatia seletiva: a comoção coletiva dirigiu-se intensamente às vítimas, Liana e Felipe, gerando uma profunda identificação emocional com seu sofrimento. Esse foco na dor dos vitimados, inerente à natureza empática humana, resulta no que Hume descreve como *partial sympathy* (Hume, 2009). Diferentemente da simpatia geral que conecta todos os seres humanos, a simpatia parcial manifesta-se em um viés, amplificando o sofrimento dos que são próximos, seja por identificação, seja pela violência do ato, e, conseqüentemente, anulando qualquer resquício de empatia ou consideração pelas circunstâncias do agressor. Esse processo sentimental explica por que a idade cronológica do infrator, um dado objetivo e racional do direito, foi amplamente ignorada pelo juízo moral popular, que clamava por uma punição proporcional ao horror do crime cometido, e não à culpabilidade legal restrita pela menoridade. Contudo, é precisamente nesse ponto de tensão entre o substrato moral e as normas objetivas que a teoria da amoralidade parcial do direito de Miguel Reale se faz indispensável, permitindo analisar o limite onde o ordenamento jurídico, com sua própria racionalidade e finalidade, se distingue dos ditames da moralidade social.

4 MIGUEL REALE E OS LIMITES DA MORALIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO

4.1 Direito e moral: a autonomia parcial da norma na visão de Miguel Reale

Se a compreensão da reação social e do juízo moral nesse episódio criminal brasileiro exige uma incursão pela filosofia de David Hume, a análise das decisões e da lógica do sistema jurídico demanda um outro arcabouço teórico. Neste sentido, a teoria da amoralidade parcial do direito, do ex-ministro da justiça do Brasil, Miguel Reale, emerge como fundamental para desvendar a complexa relação entre as normas legais e os valores morais. Reale, um dos mais proeminentes juristas e filósofos do ordenamento jurídico brasileiro, explorou a peculiar relação entre o direito e a moralidade.

Nesta teoria, destaca-se a existência de dois campos distintos: o campo do direito e o campo da moral. Estes campos podem ser representados por dois círculos secantes, nos quais há uma interseção. Ou seja, existe uma área comum entre direito e moral, mas nem todo o direito faz parte da moral, e nem toda moral faz parte do direito. Isso ocorre porque há assuntos que são de competência exclusiva da moral, assim como questões jurídicas que são exclusivas do direito. Para Miguel Reale, há áreas do sistema jurídico que não são reguladas pela moral. Um exemplo disso são as normas de trânsito, como a existência de semáforos ou placas de sinalização, que não envolvem avaliações morais, mas sim a simples regulamentação do trânsito entre os indivíduos, regulação essa que é seguida pela sociedade.

A essência dessa amoralidade parcial reside no fato de que o Direito, em sua busca por segurança jurídica, ordem social e previsibilidade, nem sempre incorpora ou se preocupa com todos os matizes da ética individual ou coletiva. Ele busca uma norma de conduta social mínima, pública e coercível, enquanto a moral abrange uma esfera mais ampla, interna e não coercível da conduta humana. Essa distinção é crucial para Reale, que, através de seu tridimensionalismo jurídico, a visão de que o ordenamento normativo é a integração dialética de fato, valor e norma, compreende a norma jurídica como uma síntese de valores que emergem de fatos sociais, mas que são formalizados para garantir a convivência. Assim, a norma não precisa ser moralmente perfeita ou abranger todo o espectro moral para ser juridicamente válida e eficaz. Essa perspectiva de Reale é fundamental para analisar os pontos de fricção e complementaridade entre a legislação brasileira e o clamor moral da sociedade no caso em tela.

4.2 Análise do caso Champinha à luz da amoralidade realeana

A complexa dinâmica da controvérsia em questão serve como um palco paradigmático para a aplicação da teoria da amoralidade parcial do direito de Miguel Reale. Conforme Reale, o ordenamento jurídico e o universo moral, embora esferas autônomas, não são estanques, possuindo uma interseção crucial que se torna particularmente visível em casos de intensa comoção coletiva como este. A amoralidade parcial do direito, nesse contexto, revela que as normas jurídicas, ao buscarem a ordem e a segurança social, podem operar com uma lógica própria que nem sempre satisfaz integralmente os imperativos morais da sociedade.

No episódio em tela, a amoralidade parcial do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na visão de Miguel Reale, ganha contornos nítidos ao observarmos o tratamento jurídico diferenciado aplicado a Champinha em contraste com seus coautores adultos. Enquanto a lógica do direito penal tradicional, exemplificada na condenação de Paulo César, operava sob um viés predominantemente retributivo, muitas vezes em consonância com uma moralidade de punição, o ECA, por sua vez, prioriza uma finalidade essencialmente socioeducativa e protetiva, de natureza eminentemente técnica, em razão da inimputabilidade penal do adolescente infrator. Segundo a racionalidade jurídica do ECA, a resposta legal para casos como o de Champinha era a internação por um período máximo de três anos (Brasil, 1990). Esta decisão, estritamente amparada pela norma e pela técnica jurídica, exemplifica a amoralidade parcial do direito realeana: não se trata de uma decisão imoral, mas de uma que se baseia em princípios legais próprios, distintos dos valores morais de retribuição e vingança que perpassavam o imaginário coletivo. Essa divergência não denota uma lacuna moral, mas sim a busca do ordenamento jurídico pela manutenção de sua coerência interna e autonomia. Reale (2005) explica essa postura como um mecanismo de autopreservação do sistema, que, ao invés de simplesmente absorver as demandas morais de retribuição social, como o clamor pela redução da maioria penal, mantém-se fiel aos seus próprios princípios e finalidades teleológicas, garantindo sua previsibilidade e validade, ainda que em aparente descompasso com o substrato moral da coletividade.

Apesar de sua validade jurídica, a decisão inicial do caso, alinhada às diretrizes da socioeducação, no entanto, falhou em ressoar com o senso de justiça popular. A resposta do sistema jurídico, baseada em princípios técnicos e na finalidade socioeducativa, foi percebida pela sociedade como insuficiente e inadequada para a gravidade dos crimes. A autonomia da norma, nesse caso, não foi capaz de blindar-se do confronto com a moralidade coletiva, que

demandava uma punição equivalente ao horror dos fatos. Assim, as decisões jurídicas que acarretaram na prolongada internação de Champinha, justificada por uma suposta periculosidade, expõe uma contradição fundamental: o direito, que deveria ser um freio aos excessos passionais, acabou adotando a mesma lógica de inimizade que Hume atribui à moralidade coletiva. Isso não apenas deslegitima o sistema socioeducativo, mas também revela que, em contextos de alta comoção, a fronteira entre direito e vingança torna-se perigosamente tênue.

Contudo, é precisamente neste ponto que a intersecção entre direito e moralidade, e a força das percepções sociais, tornam-se inescapáveis. A força das percepções sociais, nesse sentido, é amplificada pela construção discursiva de Champinha como um inimigo da sociedade, um monstro cuja periculosidade impunha a necessidade de neutralização, e não de ressocialização. Esse discurso, que a Criminologia Crítica (Budó, 2013) denuncia como funcional, colide frontalmente com a lógica do ECA.

A distinção kantiana entre direito e moral, onde o primeiro opera por coerção externa e o segundo por adesão interna (Pereira, 2016), embora conceitualmente útil, revela-se insuficiente para dar conta da complexidade do fenômeno Champinha. O caso demonstra que a moralidade da sociedade não se restringe a uma adesão interna individual, mas opera como uma força externa e coercitiva que pressiona o próprio ordenamento jurídico. Reale, ao propor a intersecção entre os dois campos, oferece uma mediação mais sofisticada: o direito não esgota a moral, nem a moral esgota o direito (Reale, 2005), mas há um constante diálogo e, por vezes, um conflito entre eles. O referido caso exemplifica essa tensão latente: enquanto o sistema jurídico, inicialmente, buscou enquadrar o infrator nas categorias legais previstas, a opinião pública o julgou através das lentes da moralidade coletiva, que opera por critérios mais próximos da simpatia humeana (Hume, 2009) do que da racionalidade jurídica. Essa dinâmica revela o caráter intersubjetivo da moralidade (Capaldi, 1975).

As recentes discussões sobre a transferência de Champinha para unidades de custódia (Pessoas..., 2023) confirmam a atualidade da teoria realeana. Questões originalmente processuais são ressignificadas moralmente pela sociedade, demonstrando como decisões estritamente jurídicas muitas vezes fracassam em obter legitimidade social quando descoladas do substrato moral que lhes dá sentido, um paradoxo que o caso Champinha explicita com singular clareza.

CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, buscou-se analisar a intrincada complexidade do emblemático caso, ocorrido em 2003, sob as lentes da teoria moral de David Hume e da teoria da amoralidade parcial do direito de Miguel Reale. A investigação revelou que a intensa reação emocional da sociedade, impulsionada pelos sentimentos de repulsa e desaprovação coletiva, colidiram de forma paradigmática com a lógica do sistema jurídico, regido por princípios de autonomia e amoralidade parcial.

A perspectiva humeana elucidou como a percepção moral da responsabilidade transcendeu a mera idade cronológica do infrator, enquanto a teoria de Reale demonstrou a inevitável tensão entre as normas legais e as expectativas morais, especialmente quando a esfera jurídica, em sua busca por ordem e técnica, não satisfaz a ânsia por retribuição social. O contexto fático, portanto, não é apenas um marco jurídico, mas um catalisador de debates perenes sobre os limites da punição estatal, a função da medida socioeducativa e a legitimidade das decisões jurídicas frente ao substrato moral da sociedade.

A intersecção dessas duas lentes teóricas, a sentimentalista de Hume e a da autonomia do direito de Reale, foi crucial para desvelar a complexa teia de tensões que permeou a situação narrada. Percebeu-se que a amoralidade parcial do direito, que confere autonomia à norma e busca a ordem jurídica, muitas vezes se viu confrontada com a força irresistível dos sentimentos morais coletivos, gerando um paradoxo: decisões juridicamente válidas e fundamentadas enfrentaram forte deslegitimação social. O caso demonstrou que, embora o arcabouço legal não se esgote na moral, e a moral não se reduza à razão, a efetividade da justiça em uma sociedade democrática depende de um delicado equilíbrio entre a legitimidade formal da lei e a aceitação moral da comunidade.

Este caso ilustra um ciclo perverso: crimes hediondos geram indignação, por sua vez, a mídia amplifica o clamor por punição e o direito, pressionado por essa paixão, distorce suas próprias regras para garantir uma justiça que se alinha com a vontade popular. Este caso não é apenas sobre Champinha, mas sobre os limites do direito em uma sociedade que, em momentos de crise, privilegia a vingança sobre a justiça. A fronteira entre lei e emoção torna-se perigosamente tênue, e o resultado é um precedente que deslegitima o próprio sistema jurídico que deveria ser o freio contra os excessos.

Nesse panorama, o estudo do caso, sob a perspectiva de Hume e Reale, transcende a análise de um evento isolado, expondo uma contradição estrutural do direito penal juvenil que oferece valiosas reflexões para o debate contemporâneo. O caso Champinha revela que,

enquanto a moralidade social exige respostas imediatas e emocionais a crimes hediondos, o sistema jurídico opera sob uma racionalidade técnica que, embora autônoma, não consegue ignorar completamente o substrato moral que o sustenta. A internação compulsória indefinida de Champinha — uma figura híbrida entre a medida socioeducativa e a pena disfarçada — é o sintoma dessa tensão irresoluta. Longe de ser uma exceção, o caso ressalta a necessidade urgente de o legislador e o julgador estarem cientes não apenas da lógica interna do regime jurídico, mas também da dimensão dos preceitos morais e emocionais que permeiam a recepção das decisões judiciais pela sociedade. Se Hume tem razão ao afirmar que a moralidade nasce dos sentimentos, e Reale ao defender a parcial autonomia do direito, o desafio que permanece é saber até que ponto um sistema normativo pode resistir àquilo que o constitui: a humana, e muitas vezes irracional, demanda por justiça.

Embora o artigo tenha procurado compreender os limites da atuação estatal à luz de diferentes perspectivas filosóficas, é necessário reconhecer que a manutenção da internação compulsória de Champinha por mais de duas décadas representa um desvio preocupante do paradigma garantista do sistema jurídico brasileiro. Ainda que o clamor social por justiça seja legítimo, não se pode admitir que ele conduza à perpetuação de uma sanção disfarçada, fora dos marcos legais e constitucionais. O episódio, portanto, não apenas ilustra a tensão entre moralidade e legalidade, mas denuncia o risco real de uma racionalidade punitiva sustentada por afetos, capaz de corroer as bases do Estado Democrático de Direito.

É importante ressaltar, contudo, que esta análise se restringiu às teorias de Hume e Reale, não esgotando a multiplicidade de lentes filosóficas e sociológicas que poderiam ser aplicadas naquele evento. Futuras pesquisas poderiam explorar a aplicação de outras teorias da justiça ou da sociologia da ciência jurídica para aprofundar ainda mais a compreensão das dinâmicas entre lei, moralidade e opinião pública em contextos de crimes de grande repercussão.

Em última instância, o Caso Champinha, através do diálogo entre a filosofia do âmbito moral de David Hume e a teoria jurídica de Miguel Reale, emerge como um potente lembrete de que o sistema jurídico não opera em um vácuo. Ele é, e sempre será, um campo de tensões, onde a racionalidade da norma e a força das paixões sociais se encontram, desafiando a sociedade a buscar soluções que, mesmo tecnicamente corretas, sejam capazes de ressoar com o senso de justiça de uma comunidade. A complexidade do caso é um espelho das contradições humanas e da contínua busca por um equilíbrio entre o que é legal e o que é sentido como moralmente justo.

REFERÊNCIAS

15 anos após crimes, prisão de Champinha ainda divide especialistas. **Gazeta do Povo**, São Paulo, 24 jun. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/15-anos-apos-crimes-prisao-de-champinha-ainda-di-vide-especialistas-4cm1y4bw7tqb2i9d31sv29lk4>. Acesso em: 14 mar. 2024.

BLACKBURN, Simon. **Ruling passions: a theory of practical reasoning**. Oxford: Clarendon Press, 1998.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. **Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre modelos de tratamentos a transtornos mentais no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 487, de 15 de fevereiro de 2023**. Institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4960>. Acesso em: 14 mar. 2024

BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil**. 2013. 542 f. Tese (Doutorado em Direito) — Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

CAPALDI, Nicholas. **David Hume: The Newtonian Philosopher**. Boston: Twayne Publishers, 1975.

GIRÃO, Julia. ‘São vidas desfeitas por um crime’, diz pai de jovem morta e torturada por Champinha há 20 anos. **R7**, São Paulo, 1 nov. 2023. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/sao-vidas-desfeitas-por-um-crime-diz-pai-de-jovem-morta-e-torturada-por-champinha-ha-20-anos-30102023>. Acesso em: 14 mar. 2024.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Tradução: Déborah Danowski. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009.

MORALIDADE. In: DICIO - Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/moralidade>. Acesso em: 21 mar. 2024.

PEREIRA, Amanda Silva Tomaz. *Moralidade e Direito Kantiano*. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/moralidade-e-direito-kantiano/339495465#:~:text=Nesta%20fase%20Kant%20demonstra%20que,jur%C3%ADdica%20e%20do%20ato%20moral>. Acesso em: 21 mar. 2024.

PESSOAS com problemas psiquiátricos que cometerem crimes não poderão mais ser tratadas em hospitais de custódia em SP. **G1**, São Paulo, 29 mai. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/05/29/pessoas-com-problemas-psiquiatricos-que-cometerem-crimes-nao-poderao-mais-ser-tratadas-em-hospitais-de-custodia-em-sp.ghtml>. Acesso em: 16 mar. 2024.

REALE, Giovanni. **História da Filosofia Antiga**: volume III. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

SANTOS, Vani Letícia. O *Tratado da Natureza Humana* de Hume: uma breve análise da Parte III do Livro II. **Theoria - Revista Eletrônica de Filosofia**, n. 4, p. 85-97, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SMITH, Norman Kemp. **The philosophy of David Hume**: a critical study of its origins and central doctrines. London: Macmillan, 1941.

SOUTO, Luiza. Caso Champinha: crime perverso pôs fim a aventura de adolescentes apaixonados. **Projeto Colabora**, Rio de Janeiro, 16 out. 2023a. Disponível em: <https://projetocolabora.com.br/ods16/caso-champinha-crime-perverso-fim-aventura-adolescentes-apaixonados>. Acesso em: 15 mar. 2024.

SOUTO, Luiza. Caso Champinha insuflou debate sobre maioridade penal no Brasil. **Projeto Colabora**, Rio de Janeiro, 16 out. 2023b. Disponível em: <https://projetocolabora.com.br/ods16/caso-champinha-estimulou-debate-sobre-maioridade-penal-no-brasil>. Acesso em: 21 mar. 2024.

TOMAZ, Kleber; ACAYABA, Cíntia. Governo de SP tenta transferir Champinha e 4 internos da Unidade Experimental de Saúde para Casa de Custódia; Justiça analisa. **G1**, São Paulo, 7 out. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/10/07/governo-de-sp-tenta-transferir-champinha-e-4-internos-da-unidade-experimental-de-saude-para-casa-de-custodia-justica-analisa.ghtml>. Acesso em 15 mar. 2024.

**ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES JURÍDICAS NO ORDENAMENTO
BRASILEIRO SOBRE O COMÉRCIO DE FALSIFICAÇÕES:
VERIFICAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAR
EMPRESAS DE LUXO POR NÃO ADOTAREM MEDIDAS DE
COMBATE À CONTRAFAÇÃO E POR DANOS CAUSADOS AO
CONSUMIDOR**

*ANALYSIS OF THE LEGAL PROVISIONS IN THE BRAZILIAN LAW OF THE
COUNTERFEIT TRADE: VERIFICATION OF THE POSSIBILITY OF HOLDING LUXURY
COMPANIES LIABLE FOR FAILING TO ADOPT MEASURES TO COMBAT
COUNTERFEITING AND FOR DAMAGES CAUSED TO THE CONSUMER*

Ana Clara da Silva Guedes¹

Fernanda Rôa Gianni²

Luísa Reis Scheibler³

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

² Graduanda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

³ Graduanda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

RESUMO

Com a expansão mundial da indústria da moda, novos desafios se apresentam, tal qual a proliferação de produtos falsificados. Este estudo visa analisar a possibilidade das empresas de moda, voltadas para atender o mercado do luxo, serem responsabilizadas por eventuais danos causados ao consumidor, decorrentes da utilização de artigos pirateados, ao deixarem de adotar uma postura ativa no combate da pirataria de suas criações protegidas por meio propriedade industrial e intelectual. O objetivo é responder às seguintes perguntas: quais as motivações para que as empresas de luxo deixem de combater a pirataria de seus produtos, bem como quais as consequências que tais empresas teriam de enfrentar por eventuais danos causados ao adquirente, decorrentes da utilização desses bens, ao não adotarem medidas para inibir a falsificação? A pesquisa segue uma metodologia qualitativa, voltada para procedimentos de revisão bibliográfica, bem como apresenta um estudo de um caso hipotético. Os resultados revelam que as empresas de luxo, sem incentivos para reprimir a prática da contrafação, acabam beneficiadas pela divulgação indireta de seus produtos. Assim, constata-se que a implementação de uma regulação baseada na responsabilidade civil objetiva poderia proteger os consumidores, impondo às empresas o dever de combater falsificações e assumir culpa por danos causados.

PALAVRAS-CHAVE

Contrafação na moda – Responsabilidade civil omissiva – Propriedade intelectual.

SUMÁRIO

Introdução. 1 A propriedade intelectual e industrial na proteção da moda. 1.1 Marcas. 1.2 Direitos autorais. 1.3 Desenhos industriais. 1.4 Marcas de posição. 1.5 *Trade dress*. 2 A pirataria na indústria da moda e a afronta à propriedade intelectual e industrial. 3 Motivações das empresas para não combaterem a pirataria. 3.1 A ausência de efetiva vantagem comercial. 3.2 A circulação como fortalecimento da empresa. 4 Análise das regulações contra a pirataria no ordenamento jurídico brasileiro. 5 Análise das decisões dos tribunais brasileiros. 6 Caso hipotético-exemplificativo. 7 Análise do caso hipotético-exemplificativo sob a ótica da responsabilidade civil das empresas de luxo. Conclusão. Referências.

REFERÊNCIA: GUEDES, Ana Clara da Silva; GIANNI, Fernanda Rôa; SCHEIBLER, Luísa Reis. Análise das disposições jurídicas no ordenamento brasileiro sobre o comércio de falsificações: verificação da possibilidade de responsabilizar empresas de luxo por não adotarem medidas de combate à contrafação e por danos causados ao consumidor. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 221-245, ago. 2025.

ABSTRACT

With the global expansion of the fashion industry, new challenges arise, such as the proliferation of counterfeit products. This study aims to analyze the possibilities of luxury fashion companies being held liable for potential damages to consumers resulting from the use of counterfeit goods, due to their failure to adopt an active stance in combating the piracy of their creations protected by copyright. Therefore, the question arises: what are the motivations behind luxury brands failure to combat the piracy of their products, and what consequences might these companies face for potential damages caused to purchasers due to the use of such products if they do not take measures to prevent counterfeiting? The research follows a qualitative methodology, focused on bibliographic review procedures as well as the study of a hypothetical case. The results reveal that luxury brands, lacking incentives to suppress counterfeiting, end up benefiting from the indirect promotion of their products. Thus, it is found that implementing regulation based on strict liability could protect consumers by imposing on brands the duty to combat counterfeiting and assume responsibility for the damages caused.

KEYWORDS

Fashion counterfeit – Omissive civil liability – Intellectual property.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade das empresas de moda voltadas para o mercado de luxo por eventuais danos causados ao consumidor decorrentes de produtos falsificados ao deixarem de combater a prática pirata é uma questão relevante no cenário jurídico e econômico atual. À medida que a indústria da moda continua a expandir-se mundialmente, a proliferação de bens pirateados, com o intuito de imitar marcas e características reconhecidas, não apenas ameaça a integridade do próprio negócio, mas também coloca em risco a integridade física e a satisfação dos consumidores, tendo em vista que tais produtos, usualmente, são produzidos com insumos de qualidade inferior aos do produto original e não passam por um controle rigoroso em seus processos de produção (Santos, 2011).

Pretende-se, com este estudo, o exame aprofundado acerca da extensão da responsabilidade das empresas de luxo ao deixarem de adotar medidas preventivas e combativas contra a pirataria, destacando os impactos negativos que a falta de ações efetivas pode gerar. Para a realização desse objetivo, serão explorados aspectos teóricos, legais e práticos envolvendo a proteção conferida pelos mecanismos previstos no âmbito da propriedade intelectual e industrial, e a responsabilidade da indústria *fashion* na ausência do combate à contrafação, permitindo uma compreensão aprofundada dessa dimensão da proteção ao consumidor e da integridade das empresas.

A temática a ser estudada aborda especificamente a possibilidade de responsabilização das empresas de moda voltadas para o mercado do luxo pelos prejuízos físicos causados aos consumidores por produtos falsificados, ao assumirem uma postura omissa no combate à prática pirata. Segundo a Organização Mundial das Alfândegas (2016), o mercado de falsificações fatura cerca de US\$ 4,5 trilhões anualmente, o que representa aproximadamente 7% do comércio mundial. Diante de tal fato, ao deixarem de adotar medidas eficazes contra a prática pirata, as empresas de moda, além de comprometerem a qualidade e segurança dos produtos disponíveis no mercado, contribuem para a perpetuação de condutas ilícitas e eventuais danos causados ao consumidor pelo uso dos bens falsificados, comprometendo negativamente a economia e a confiança do adquirente. O presente estudo questiona: quais as motivações para que as empresas de luxo deixem de combater a pirataria de seus produtos, bem como quais as consequências que tais empresas teriam de enfrentar por

eventuais danos causados ao adquirente, decorrentes da utilização desses bens, ao não adotarem medidas para inibir a falsificação?

A presente pesquisa se demonstra relevante por tratar de uma questão crucial para a proteção dos direitos dos consumidores e a integridade do mercado. A metodologia da pesquisa segue uma abordagem qualitativa, voltada para procedimentos de revisão bibliográfica e jurisprudencial, bem como o estudo de um caso hipotético. Para a busca do referencial utilizado neste trabalho, foi aplicada a metodologia PRISMA (*Preferred Reporting Items for Systematic Reviews and Meta-Analyses*). As pesquisas foram realizadas em diversos portais e plataformas, resultando na seguinte distribuição: no ResearchGate, foram encontrados 15 artigos, dos quais 3 foram excluídos por não atenderem aos critérios de relevância; na Revista dos Tribunais, dos 4 artigos encontrados, 2 foram excluídos por serem análises breves e sem a profundidade necessária; nos portais de órgãos públicos, identificaram-se 4 legislações, todas mantidas por sua pertinência ao tema, além de 5 jurisprudências, das quais 2 foram excluídas por não terem impacto significativo no contexto da pesquisa; por fim, no Google Scholar, dos 6 artigos encontrados, 1 foi descartado por tratar de temas tangenciais. Após esse processo de seleção, chegaram-se às 26 referências que embasam a realização deste trabalho.

Espera-se que este artigo auxilie no alcance de uma compreensão clara acerca dos meios de responsabilização das empresas de luxo que possam garantir uma proteção eficaz aos consumidores em face de atividades enganosas e desleais. Para isso, aborda-se, em um primeiro momento, a possibilidade de as criações de moda serem protegidas por meio da propriedade intelectual e industrial. Após, será feita uma exposição acerca do conceito de pirataria na indústria da moda e dos riscos trazidos pelos produtos pirateados. Por fim, analisar-se-ão os motivos pelos quais as empresas de luxo podem vir a deixar de adotar medidas eficientes contra a prática pirata, além de abordar a possibilidade dessas empresas serem responsabilizadas pelos danos causados ao consumidor pelos produtos pirateados ao adotarem uma conduta inerte no que tange ao combate da prática referida.

1 A PROPRIEDADE INTELECTUAL E INDUSTRIAL NA PROTEÇÃO DA MODA

A moda representa uma expressão de *status* e identidade, sendo usada como símbolo de riqueza e poder. Ao longo dos séculos, ela se globalizou e se tornou mais democrática,

adequando-se à cultura de cada época, à localidade e aos movimentos sociais. A propagação de tendências rápidas ganhou ascensão com o advento da internet e dos meios de comunicação, gerando uma necessidade de atualização constante dos bens de consumo (Misani; Capello, 2017). Nesse contexto, a proteção das criações de moda por meio da propriedade intelectual e industrial se torna um tema cada vez mais importante, já que a velocidade com que novas tendências surgem e são reproduzidas gera desafios significativos para estilistas e empresas.

Apesar da ausência de uma regulamentação específica no que tange à proteção desse setor, existem diversas formas legais de proteger certos aspectos das criações (Souza, 2015). A seguir, serão expostas as possibilidades de proteção e suas respectivas limitações.

1.1 Marcas

A marca é o sinal distintivo visualmente perceptível utilizado para diferenciar um produto ou serviço de outros. Tal mecanismo de proteção pode ser aplicado dentro do setor da moda, de modo que, embora o design da peça de moda não seja protegido em si, aqueles sinais distintivos aplicados às peças podem ser, desempenhando uma função simbólica (Souza, 2015). Por exemplo, o logotipo da Adidas, quando registrado no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), confere ao titular daquele sinal o direito de impedir que terceiros eventualmente o usem de forma indevida para identificar seus produtos.

No entanto, essa forma de proteção está limitada ao sinal distintivo e não à peça em sua totalidade. Assim, um tênis com o logotipo da Adidas poderia ser protegido pela marca, porém um tênis idêntico sem o referido logo não teria a mesma proteção, por mais que o design fosse muito parecido.

1.2 Direitos autorais

O direito autoral, para Bittar (2019), pode ser caracterizado como o conjunto de regras que regulam as relações entre o criador de uma obra intelectual e a utilização econômica dela por terceiros. Esse ramo do direito privado abarca as criações artísticas, literárias e científicas, e é dividido entre os direitos que dizem respeito à pessoa do criador (direito moral) e aos direitos atinentes ao patrimônio (direitos patrimoniais). Apesar de,

usualmente, as peças de roupa serem produzidas em massa, tal forma de proteção também pode ser invocada em certas situações.

No Brasil, as criações de moda podem ser protegidas por direitos autorais, desde que atendam aos requisitos de originalidade e criatividade previstos na legislação. A proteção se aplica a obras de moda que apresentem um nível suficiente de originalidade e expressão artística (Souza, 2015), como coleções de alta-costura ou peças conceituais. Nesse caso, a proteção é automática e não exige registro formal, mas depende da comprovação dos requisitos referidos (Bittar, 2019).

1.3 Desenhos industriais

O desenho industrial protege a forma ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores aplicadas a um produto, desde que comprovada a novidade e a originalidade da peça (Souza, 2015). Essa proteção pode ser aplicada àquelas peças de vestuário, calçados ou acessórios com designs inovadores.

O registro de um desenho industrial permite que a aparência de uma peça de moda seja protegida por um período de até 25 anos. No entanto, esse ramo da propriedade intelectual é limitado quanto a sua esfera de proteção, tendo em vista que protege apenas a estética da peça e não sua funcionalidade.

1.4 Marcas de posição

Em 2021, através da publicação da Portaria nº 37/2021, na Revista da Propriedade Industrial (RPI) 2646, o INPI avançou na regulamentação da proteção às marcas de posição. Essas marcas protegem sinais distintivos aplicados de maneira específica em um determinado ponto de um produto (Souza, 2015), como a costura no bolso traseiro das calças da marca Levi's.

Essa inovação é de extrema relevância para a indústria da moda, pois amplia as possibilidades de proteção de elementos visuais que, em conjunto, identificam uma marca. Ao proteger aspectos particulares de design, como o posicionamento de logotipos ou padrões, as marcas podem garantir uma proteção mais abrangente de suas criações, prevenindo imitações e reforçando sua identidade no mercado.

1.5 Trade dress

O *trade dress* pode ser definido como o conjunto de elementos que compõem a apresentação visual de um produto ou serviço. Apesar de não estar expressamente previsto na legislação brasileira vigente, ele é usualmente invocado por meio das disposições acerca da concorrência desleal (Rodrigues *et al.*, 2024).

Na indústria da moda, o *trade dress* pode ser utilizado para proteger aspectos visuais característicos de uma determinada marca (Souza, 2015). Contudo, devido à ausência de uma regulamentação específica, tal forma de proteção requer uma análise judicial criteriosa para garantir a proteção efetiva da apresentação visual.

Desse modo, constata-se a existência de várias ferramentas passíveis de serem utilizadas para proteger aspectos específicos das peças de moda. Marcas, desenhos industriais, direito autoral, *trade dress* e marcas de posição são exemplos de mecanismos que garantem exclusividade legal em determinados contextos. Esses instrumentos permitem que estilistas e empresas protejam suas criações de maneira eficaz, assegurando a valorização de suas obras e a preservação de seus direitos.

No entanto, devido a uma lacuna legislativa no que se refere à proteção das peças de moda em sua totalidade, há a existência de uma margem para a prática da pirataria. A ausência de uma proteção abrangente deixa certos elementos vulneráveis à reprodução não autorizada, o que compromete a originalidade e a qualidade das criações, como será exposto a seguir.

2 A PIRATARIA NA INDÚSTRIA DA MODA E A AFRONTA À PROPRIEDADE INTELECTUAL E INDUSTRIAL

A pirataria na indústria da moda se apresenta em mais de uma forma. Segundo Barros e Leonardos (2024), essa prática pode ser caracterizada como o fenômeno que abrange a produção e distribuição não autorizada de produtos que copiam designs e estilos protegidos por meio da propriedade intelectual e industrial. Como parte desse processo, a mercadoria pirateada é vendida por montante usualmente inferior ao produto original, atraindo pessoas que podem estar cientes ou não do caráter ilícito do bem.

Os métodos utilizados para replicar designs vão de simples replicação de padrões de estampa até a produção em massa em fábricas clandestinas. Os meios de distribuição ilegais, como mercados informais e comércio eletrônico não regulamentado, permitem que esses bens cheguem aos consumidores sem os controles de qualidade e autenticidade necessários. Caraciola e Soares (2019) frisam que a reprodução perfeita não exclui o crime de falsificação, porém a lei penal brasileira estabelece que, para ser considerado um ato ilegal, deve haver interesse pecuniário, ou seja, lucro por parte do contrafator.

A prática pirata não só viola os direitos patrimoniais do autor, que compreendem o direito exclusivo de explorar economicamente suas obras, mas também pode lesar o direito moral, ao deixar de considerar a atribuição exata da autoria e a integridade das criações. A pirataria prejudica a originalidade e a inovação no setor da moda, e pode comprometer a reputação das empresas, além de confundir os consumidores quanto à qualidade dos produtos.

Além de prejudicar a originalidade, a aquisição dos artigos pirateados pode trazer riscos. Isso se fundamenta com base em uma análise mais criteriosa do que está sendo vendido, tendo em vista que os principais aspectos de tais produtos são a baixa qualidade dos materiais empregados para confeccioná-los, a mão de obra barata e a ausência de controle no desenvolvimento das mercadorias pelas agências reguladoras, representando uma ameaça à integridade física dos consumidores, como bem exposto por Santos (2011).

Portanto, percebe-se que a pirataria causa impactos na qualidade de consumo do adquirente, além de causar danos à economia e à originalidade do setor. No entanto, a prática não apenas desafia os direitos das empresas, mas também levanta questões intrigantes sobre as possíveis motivações de algumas empresas para não combaterem ativamente esse problema, permitindo que tais produtos circulem livremente pelo território.

3 MOTIVAÇÕES DAS EMPRESAS PARA NÃO COMBATEREM A PIRATARIA

Embora a pirataria seja uma prática proibida conforme a Lei de Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279/1996), muitas empresas enxergam benefícios com essa prática. Aqui, não se trata do falsário, mas sim da empresa que, embora saiba da existência das falsificações e tenha consciência das consequências legais, se mantém inerte e nada faz para combater a prática.

3.1 A ausência de efetiva vantagem comercial

A decisão de não mobilizar esforços para combater a pirataria que a própria empresa sofre muitas vezes está apoiada nos benefícios que a pirataria traz. Embora a pirataria seja muitas vezes retratada como um comportamento parasitário (Costa, 2011), essa prática nem sempre prejudica uma companhia de luxo. Trata-se de uma inversão do malefício esperado da pirataria.

Um dos principais motivos se dá porque muitos consumidores estão dispostos a pagar a mais para ter um item original. É o caso de consumidores de empresas como Dior, Chanel, Yves Saint-Laurent, Prada, Hermès, Louis Vuitton, entre outras. Segundo um estudo feito pela Universidade Internacional Livre de Estudos Sociais Guido Carli, de Roma, que analisou os efeitos das contrafações sobre as marcas de moda originais, quanto mais famosa é a companhia e mais evidente a presença de produtos falsificados no mercado, maior é a disposição dos consumidores em pagar (Romani *et al.*, 2011).

Os pesquisadores entrevistaram consumidores da empresa italiana Gucci, indagando sobre quanto estariam dispostos a pagar por uma bolsa específica. Sem a presença de falsificações, os consumidores manifestaram uma disposição para desembolsar cerca de € 207,67 pela bolsa. No entanto, quando informados que se tratava do modelo original, em contraste com versões piratas, esse valor saltou para € 342,86 (Romani *et al.*, 2011). Esses resultados evidenciam a busca dos consumidores por se diferenciarem dos demais, mostrando como a autenticidade e a marca influenciam a percepção de valor e a disposição para pagar mais por produtos originais.

Além disso, o que mais preocupa as organizações de luxo não é a perda de vendas para produtos falsificados, já que a maior parte do público que opta por comprar esses itens não faz parte do nicho que tem condições financeiras para comprar um item de luxo (Mandhachitara; Lockshin, 2004). Isso só reforça que, embora a pirataria seja um ato de concorrência desleal, uma vez que explora a reputação de uma empresa indevidamente, não é observada uma vantagem competitiva em relação a essa companhia que está sendo copiada. Posto que os nichos de consumidores são diferentes, uma organização não está roubando os clientes da outra.

3.2 A circulação como fortalecimento da empresa

O comércio de produtos falsificados torna as empresas mais visíveis ao público. Além disso, ao criar uma percepção de exclusividade e desejo em torno da marca, as réplicas podem funcionar como símbolos de *status* e riqueza, mesmo entre aqueles que não podem adquirir os produtos originais, aumentando o desejo pelo bem. Nas palavras de Carvalho A. (2016, p. 220), “a moda seria um lugar de diferenciação entre classes sociais”.

“Por ostentar a característica de algo desejável, essas marcas vão além das funcionalidades dos produtos que carregam. São percebidas como exclusivas e possuem identidade reconhecida”, dizem Moore e Birtwistle (2006, p. 82). Assim, depreende-se que a comercialização de réplicas acessíveis funciona como um meio capaz de agregar valor e *status* a essas empresas. Tal realidade é exibida no filme *House of Gucci* (2021), o qual embora misture fatos com ficção, demonstra um recorte do mercado de moda e acessórios de luxo e a suposta posição de inércia que a marca Gucci teria adotado, muito semelhante à postura que diversas organizações adotam atualmente.

A partir dos benefícios que a divulgação da marca traz a uma companhia, por consequência acaba não sendo do interesse da empresa combater a pirataria. Quando uma marca perde participação de mercado para outra marca, ela sofre um prejuízo de valor econômico. Essa perda se reflete muitas vezes numa perda da confiança, fuga de capitais, redução do poder aquisitivo, entre outros impactos que deixam a empresa em desvantagem em relação às suas concorrentes (Passarelli, 2010).

Junto ao fato de que há evidências de que o comércio de falsificados traz mais benefícios do que prejuízos às organizações de renome, conforme o estudo citado (Romani *et al.*, 2011), o ordenamento jurídico brasileiro também não prevê sanções caso a empresa não implemente medidas para combater a pirataria. Na ausência de leis específicas para empresas que se mantêm inertes ao verem seus produtos sendo replicados ilegalmente, é difícil para as autoridades aplicarem medidas corretivas ou punitivas. Sem previsão de sanções, a maioria das empresas decide não coibir a prática ilegal.

4 ANÁLISE DAS REGULAÇÕES CONTRA A PIRATARIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sem uma legislação específica para regular a inércia de empresas do setor da moda diante da pirataria praticada, cria-se um ambiente propício para a impunidade. No Brasil, existem algumas leis que incluem disposições relacionadas à proteção contra a falsificação e pirataria de marcas e produtos. Contudo, essas leis apenas se direcionam para aquele que vende o produto falsificado.

Dentre as principais leis que disciplinam falsificações, é preciso citar a Lei de Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279/1996). No art. 195 é expressa a repressão para todos os que expõem ou oferecem à venda produtos falsificados. Os arts. 198 e 209 permitem às autoridades apreender esses produtos, e o art. 202 autoriza o interessado a solicitar a apreensão e destruição da marca falsificada. Esses artigos têm relevância porque tratam do combate contra a pirataria, inclusive possibilitando o impedimento da exposição antes de ele ser de fato posto à venda. Entretanto, é importante esclarecer que as ações penais envolvendo crimes contra a propriedade industrial, conforme o art. 199, são de iniciativa privada, o que significa que o titular dos direitos violados é quem deve promover a ação penal. Isso implica que não há uma atuação direta e imediata por parte do Estado no combate a essas infrações, diferentemente do que ocorre em ações penais públicas, onde o poder público age de ofício. Ademais, a Lei n.º 9.279/1996 não especifica as medidas de prevenção e combate que as empresas devem adotar internamente.

O mesmo ocorre no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990). No art. 18, § 6º, II, os produtos falsificados são classificados como impróprios para uso e consumo. Já o art. 66 proíbe qualquer afirmação falsa ou enganosa sobre produtos ou serviços, sob pena de detenção de três meses a um ano e multa. Da mesma forma, o Código Penal tipifica a fraude no comércio em seu art. 175. No entanto, ambos os códigos também não mencionam a obrigação das empresas cujos produtos são copiados de adotar medidas eficazes para combater práticas ilegais e prejudiciais ao consumidor.

Ainda, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2011) prevê punições para a falsidade de informações fornecidas ao CADE e, em seu art. 36, XIX, classifica como infração econômica o abuso de direitos de propriedade industrial, intelectual ou de tecnologia. Práticas como a falsificação de produtos podem ser consideradas atos anticoncorrenciais,

especialmente quando prejudicam a concorrência ou geram concorrência desleal, afetando o equilíbrio do mercado. Entretanto, a lei não estabelece de forma detalhada os mecanismos que as empresas devem adotar para prevenir essas infrações, nem impõe sanções diretas para a ausência de tais medidas preventivas.

Dessa maneira, fica evidente a falta de legislação específica para regular a inércia de empresas de luxo do setor da moda diante da pirataria. Torna-se extremamente difícil aplicar sanções a essas empresas por não haver diretrizes legais precisas. Além disso, mostra-se desafiador reunir provas suficientemente substanciais para sustentar acusações formais ou para apoiar medidas corretivas eficazes, que podem resultar em investigações prolongadas e recursos desperdiçados, sem uma efetiva resolução.

5 ANÁLISE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Conforme exposto, a venda de produtos falsificados já é disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro. Tal vedação é fundamentada nos incisos III e V, do Artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279/1996), e artigos 129 e 130 da mesma lei, entendimento consolidado nos tribunais do país quando comprovada a contrafação.

Exemplifica-se a decisão de relatoria do Desembargador Maurício Pessoa:

Apelação – “Ação de obrigação de fazer c/c indenização por uso indevido de marca e tutela de urgência” – Violação marcária – Sentença recorrida que julgou procedentes os pedidos iniciais para determinar que o réu se abstenha de comercializar ou utilizar produtos com a marca de titularidade da autora e para condená-lo ao pagamento de danos morais arbitrado em R\$ 15.000,00 – Gratuidade da justiça – Deferimento – Situação de hipossuficiência comprovada – Cerceamento de defesa inexistente – Prova documental produzida pelas partes é suficiente para solução da controvérsia que prescinde de prova oral e pericial – **Comercialização indevida, pelo réu, de produtos que ostentam as marcas de titularidade da autora comprovada** – Ato ilícito caracterizador de concorrência desleal e **contrafação (pirataria) comprovado** – Dever de abstenção de comercialização subsistente – **Responsabilidade civil do réu inquestionável** – Danos presumidos em razão da comprovada contrafação – Valor da indenização dos danos morais (R\$ 15.000,00) reduzido para R\$ 5.000,00, por ser proporcional e adequado à natureza da controvérsia e à capacidade das partes (especialmente do réu) – Sentença parcialmente reformada (exclusivamente para reduzir-se o valor da indenização por danos morais, mantida a sucumbência da ré) – Recurso parcialmente provido. (São Paulo, 2023, grifo nosso).

Para além da responsabilização do réu por vender produtos falsificados, também já é debatida nos tribunais do país a obrigação de denúncia e outras formas de combate à pirataria

para casos em que existe a presença de um terceiro envolvido, seja de financiadores, seja da plataforma onde o produto foi anunciado, bem como o local físico, como centros comerciais e galerias. Contudo, identifica-se que a posição na jurisprudência para estes casos ainda não é consolidada, como será demonstrado a seguir.

Conforme a decisão do TJRS, não seria possível aferir responsabilidade a parceiros próximos do falsificador porque estes não estariam sendo beneficiados diretamente pela venda ilegal. Refere a decisão:

AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL. MARCA. DESENHO INDUSTRIAL. CONCORRÊNCIA DESLEGAL. COMPROVAÇÃO. DANOS MATERIAIS. ROYALTIES. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. HONORÁRIOS RECURSAIS. II. APELAÇÃO DA AUTORA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA DEMANDADA MINASMÁQUINAS S.A. 1. Defende a requerente, em resumo, a responsabilidade da ré MinasMáquinas S.A., pois, apesar de não fabricar as réplicas, comercializava os produtos ao financiar a aquisição por terceiros, bem como de que a ré possuía plena ciência acerca da divulgação feita no site da ré CR Line sobre a parceria para financiamento dos carros piratas. 2. No entanto, eventual participação da corré MinasMáquinas S.A. seria apenas no sentido de financiar veículos a clientes, conduta esta que não é considerada como ilícita. Aliás, diante da atividade da corré, isto é, prestar financiamento e consórcio, não caberia a esta solicitar e diligenciar acerca de eventual licença da CR Line e demais corréus para fabricar determinado veículo, o que, novamente, ressalta-se constituir, a princípio, ato totalmente legal. 3. De outro lado, também se **constata que não houve a comprovação de nenhuma venda de veículo com a participação e auxílio da corré MinasMáquinas, podendo ser reconhecido que esta não obteve nenhum benefício econômico com a atitude dos demais corréus.** Neste particular, diga-se que tal comprovação cabia exclusivamente à autora Ferrari S.P.A., o que inexistiu no caso concreto. 4. Então, a par das discussões de divulgação de parceria no site da corré CR Line, participação de funcionário em exposição de veículos, bem como eventual existência de grupo econômico entre MinasMáquinas S.A. e MinasMáquinas Administradora de Consórcios Ltda., o reconhecimento da ilegitimidade passiva fundamenta-se exclusivamente no fato de que a corré em questão jamais teve qualquer participação na produção de protótipos sem autorização da autora. E, mais, sequer houve demonstração de que a corré MinasMáquinas S.A. se beneficiou com a alegada “parceria” para a venda dos veículos, a qual inclusive se mostra até mesmo duvidosa nos autos. 5. Assim, não há como impor qualquer responsabilidade à corré MinasMáquinas S.A. simplesmente por ofertar serviços considerados lícitos no mercado, tais como financiamentos e consórcios, não podendo ser penalizada por eventual ausência de licença dos corréus para produzir os veículos em questão. Manutenção do reconhecimento da ilegitimidade passiva da MinasMáquinas S.A. PRELIMINAR RECURSAL DOS RÉUS REJEITADA. APELAÇÕES DESPROVIDAS. (Rio Grande do Sul, 2022, grifo nosso).

É importante discutir essa fundamentação com base nos princípios de cooperação e preservação de empresas, uma vez que elas atuam dentro de um mesmo conjunto social. Não

seria benéfico à empresa parceira denunciar a falsificadora, se parte dos seus clientes a procuram por meio desse consórcio. O mesmo acontece com marcas de luxo que optam por não denunciar o comércio ilegal de seus itens, uma vez que é justamente esse comércio que promove a divulgação da grande empresa e contribui para o aumento do seu valor econômico.

Posto que não existe sanção para a empresa detentora da marca de luxo em caso de ela não denunciar o falsário, não há qualquer incentivo para realizar a denúncia. Tal dinâmica se mantém para plataformas *online*⁴, que dependem de anúncios de vendedores para permanecer no mercado. É o caso de decisões que buscam responsabilizar a inércia da Shopee Brasil em não fiscalizar e muito menos denunciar vendedores de produtos falsificados, como se observa a seguir:

Apelação cível – Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais – Sentença de parcial procedência - Plataforma de comércio eletrônico shopee - Determinação de remoção de anúncios de venda de produtos da marca da autora, LET ME BE e PASSO ÚNICO, os quais se reconheceu serem contrafeitos – Insurgimento da requerente – Descabimento – A r. sentença não confirmou a determinação exarada por ocasião da concessão de tutela de urgência para que a requerida exigisse dos anunciantes termo de autorização de venda, não havendo que se falar em cominação de multa por descumprimento - **Não compete à ré exercer controle prévio ou fiscalização de conteúdos disponibilizados na plataforma de vendas, a qual atua como mera intermediadora entre clientes e vendedores** - Inteligência do art. 19 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) – Danos morais - Improcedência - Inconformismo - Impossibilidade – Responsabilidade objetiva que não recai sobre provedores de conteúdo da Internet, em face do ilícito perpetrado por terceiros – Ilegitimidade evidenciada no tangente a este aspecto - RECURSO IMPROVIDO. (São Paulo, 2022a, grifo nosso).

Agravo de instrumento – Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência – Decisão agravada que deferiu parcialmente tutela de urgência para determinar a remoção de anúncios de venda de produtos da marca da autora, LET ME BE e PASSO ÚNICO, com exceção de distribuidores previamente autorizados - Plataforma de comércio eletrônico SHOPEE - Ausência de identificação clara e específica dos links ou URLs dos anúncios a serem excluídos pela plataforma de conteúdo - Insurgência - Cabimento – Compete à titular da marca indicar o link ou URLs dos anúncios que busca judicialmente a indisponibilidade - Decisão judicial que deve ser clara e específica acerca do conteúdo a ser excluído (link ou URLs) - **Plataforma de conteúdo que não tem o dever de controle prévio e de fiscalização dos produtos anunciados – Responsabilidade limitada** ao cumprimento de decisão judicial para tornar indisponível conteúdo apontado como infringente - Inteligência do art. 19, caput e §1º, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) – RECURSO PROVIDO. (São Paulo, 2022b, grifo nosso).

⁴ Ocorreu um relativo avanço com o julgamento do RE 1.037.396 (Tema 987) e do RE 1.057.258 (Tema 533), ambos do STF, os quais determinam que as plataformas de vendas *online* só podem ser obrigadas a retirar anúncios ilegais mediante ordem judicial, salvo quando o conteúdo seja manifestamente ilícito, como ocorre com a venda de produtos piratas. No entanto, ainda existe uma dificuldade em verificar na prática quais seriam os mecanismos efetivos de regulação e fiscalização capazes de assegurar o cumprimento dessas decisões pelas plataformas.

Como pode ser aferido, as Câmaras de Justiça consideram apenas a conduta daquele que vende produtos falsificados como ilegal. Embora essas plataformas de compra e venda estejam presentes durante todo o processo da ilegalidade, elas não são consideradas para fim de responsabilização. Tal argumento se fundamenta no fato de que, como intermediadoras, tais empresas não detêm o dever de controle prévio e de fiscalização dos produtos anunciados. Este posicionamento se torna contraditório quando observado casos onde o meio para a mesma relação de consumo é física. É o caso do shopping que foi responsabilizado por não denunciar um de seus lojistas:

RECURSO – Preparo – Complementação determinada – Inércia das recorrentes – Deserção configurada – Hipótese, ademais, em que apelantes informaram desistência do recurso – Apelação adesiva não conhecida. SENTENÇA – Cerceamento de defesa – Julgamento antecipado da lide – Indeferimento de prova oral, pericial e de inspeção judicial – Inutilidade das provas no caso concreto – Notoriedade do comércio de produtos falsificados no Shopping 25 de Março – Nulidade inócua – Apelação principal desprovida neste tocante. ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM" – Contrafação – Ação inibitória e indenizatória ajuizada contra administradora do Shopping 25 de Março – Constatação de que nenhum produto falsificado com a marca "Bulgari" foi mencionado no auto de busca e apreensão judicial ou na ata notarial lavrada a pedido das Autoras – Inexistência de indício de ato ilícito em detrimento da coautora Bulgari – Ilegitimidade ativa reconhecida – Apelação principal parcialmente provida para esse fim. RESPONSABILIDADE CIVIL – Administradora do Shopping 25 de Março – Operação Queda de Babel – Assunção de diversos compromissos no TAC visando inibir comércio ilegal de produtos falsificados – Cumprimento de diversas obrigações assumidas – **Omissão, porém, ao deixar de denunciar às autoridades policiais a contínua prática da contrafação por seus lojistas – Dano moral presumido – Responsabilidade civil caracterizada** – Indenizatória procedente – Apelação principal desprovida. Dispositivo: não conhecem o recurso adesivo e **dão parcial provimento ao recurso principal**, com determinação. (São Paulo, 2022c, grifo nosso).

Diante de tal descompasso entre jurisprudências, torna-se evidente a necessidade de existir uma regulação que discipline relações como as citadas, a fim de remediar a insegurança jurídica que existe nos tribunais do Brasil e conferir um grau de previsibilidade nas decisões.

6 CASO HIPOTÉTICO-EXEMPLIFICATIVO

A Neves Botelho^{5/6} é uma renomada marca de moda de luxo, de origem paulista, conhecida por seus produtos de alta qualidade e design exclusivo. A marca tem uma base de clientes leal e um prestígio consolidado no mercado de moda internacional há 50 anos.

Tudo começou quando João Alfredo Neves Botelho criou a sua primeira peça autoral, uma maleta de couro, em 1964. João começou confeccionando bagagens sob encomenda para conhecidos próximos, e não demorou muito para a sua demanda aumentar. Aos 16 anos já havia feito aproximadamente 100 bagagens, como maletas, bolsas, malas, mochilas, carteiras, entre outros artigos. Sua demanda não parava de crescer.

João confeccionava as peças sozinho, o que com o tempo se mostrou um impasse, já que os pedidos vinham aumentando e ele não tinha nenhum auxiliar para ajudá-lo. Havia dias que João chegava a trabalhar 16h por dia para suprir a demanda - ele estava exausto. A solução que João encontrou foi aumentar o preço cobrado pelas peças produzidas. Assim, a demanda diminuiria um pouco, mas ele continuaria recebendo o mesmo valor. E assim João foi fazendo: quanto mais a demanda aumentava, mais ele encarecia seus produtos.

Aos 18 anos, ele expandiu seu negócio, inaugurando a primeira matriz da empresa em 1966, no centro de São Paulo. Além disso, começou a confeccionar novos itens, como cintos, calçados, óculos, entre outros itens de vestuário. Desde então, com o apoio de seus novos funcionários, aprimorou o modelo de negócios, firmou parcerias, fez o design de novas peças que aprimoraram a identidade visual e registrou a marca “Neves Botelho” ante o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual nas modalidades. Ele também desenvolveu um modelo de treinamento dos costureiros, estilistas e alfaiates, dedicados à produção de peças de roupa ante a necessidade de ensinar a todos os funcionários novos que contratava para a função.

As peças da Neves Botelho realmente se diferenciavam das concorrentes: o caimento da peça se adaptava perfeitamente ao corpo, a qualidade era superior e conferia excelente

⁵ Ressaltamos que o nome da marca é fictício e que não possui referência a qualquer marca em atividade. Foi feita uma consulta em 27/07/2024, às 02:10:57, junto ao site do INPI, em <<https://busca.inpi.gov.br/pePI/servlet/MarcasServletController>>. Foi realizada uma busca pelo nome “Neves Botelho”, e nenhum resultado foi encontrado para a pesquisa na data.

⁶ Ressaltamos que o nome da empresa é fictício e que não possui referência a qualquer registro em junta comercial. Foi feita uma consulta em 30/09/2024, às 08:55:00, junto ao site Jucesp, em <<https://www.jucesponline.sp.gov.br/ResultadoBusca.aspx>>. Foi realizada uma busca pelo nome “Neves Botelho”, e nenhum resultado foi encontrado que indicasse registro de nome idêntico na data.

durabilidade, mas o que mais chamava a atenção era a originalidade das peças, que, com um design único, identificavam a marca mesmo sem nenhum nome ou logo à vista. Conforme a marca foi se consolidando no mercado, mais prestígio ela foi adquirindo ao longo dos anos, até começar a se expandir internacionalmente como uma marca de alta costura.

O fato da Neves Botelho ter crescido tanto mundialmente e ter adquirido uma reputação invejável fez com que, paralelamente, surgisse um mercado de cópias falsificadas em centros populares de compras. Enquanto uma bolsa padrão Neves Botelho custava em torno de R\$ 40.000,00, uma cópia falsificada não saía por mais de R\$ 40,00. A principal responsável por produzir essas cópias era a fabricante “Imitação Chic”.

Quando João descobriu, foi inicialmente tomado por um sentimento de revolta, ao ver suas confecções sendo vendidas de forma tão inferior. Porém, após uma análise com a sua equipe de especialistas, ele percebeu que as cópias vendidas nunca chegariam à qualidade de suas peças originais. Isso sem contar os fatos que os especialistas apresentaram: o público que comprava as bolsas por menos de R\$ 40,00 comprava por este valor porque jamais teria poder aquisitivo para adquirir uma versão original. E aqueles que compravam a versão original por R\$ 40.000,00 faziam questão de investir esse valor para se diferenciar das réplicas falsas, dada a diferença evidente de qualidade. Ou seja, a falsificação da Imitação Chic não canibalizava diretamente o mercado principal da Neves Botelho.

Reconhecendo que não havia uma efetiva concorrência entre as empresas Imitação Chic e Neves Botelho, já que os nichos de consumidores eram diferentes, João passou a não se incomodar mais com contrafações. Pelo contrário: até dizia que era bom para a empresa, porque ajudava na divulgação dos produtos e aumentava o desejo do consumidor em adquirir uma original. Esse desejo foi o que justamente aumentou de forma exponencial a valorização da marca, que refletiu positivamente nos números da empresa.

Com o tempo, alguns produtos falsificados foram tendo algumas melhorias na aparência, mas não a ponto de assustar João. Afinal de contas, quem tinha um produto Neves Botelho sabia da qualidade superior. Os produtos falsificados começaram a ser vendidos em plataformas de venda *online*, o que alcançou um público ainda maior.

Em 2023, Maria comprou um óculos de sol por uma plataforma de vendas *online*. O anúncio dizia ser um óculos da Neves Botelho, semi-novo, com proteção UV (indicada para proteção dos olhos contra raios UVA e UVB), filtro antirreflexo, lentes fotocromáticas, e estava por um preço mais acessível - parecia ser uma oferta vantajosa. Enquanto o item novo

custava R\$ 10.400,00, o preço anunciado pelo semi-novo era de R\$ 800,00. Maria gostou da oferta e decidiu investir nos óculos. Como ela nunca tinha adquirido um item da Neves Botelho antes, ela não percebeu que o item que havia comprado era uma cópia falsificada muito bem feita. Animada com o produto e acreditando ter tido sorte, Maria usava os óculos todos os dias no caminho para o trabalho, além de outras ocasiões informais.

Com o tempo, Maria começou a ter problemas de visão. Ela reclamava por estar com a visão cansada e com dores de cabeça. Por isso, marcou uma consulta com um oftalmologista. Durante a consulta, o médico perguntou para Maria se ela usava óculos e pediu para dar uma olhada neles. Prontamente, Maria mostrou seus óculos, que acreditava ser da Neves Botelho, e contou que usava ele todos os dias. Após examinar os óculos, o médico especialista, que já havia tido contato com óculos originais da Neves Botelho, disse a Maria que esses eram uma cópia falsificada e não ofereciam a proteção prometida, e por isso estavam causando os problemas de visão que Maria andava tendo.

Maria se sentiu enganada e decepcionada. Sua frustração aumentou ao perceber que havia gasto uma quantia significativa em algo que não só não atendia às suas necessidades, mas também poderia prejudicar sua saúde ocular. Ela também sentiu uma mistura de raiva e vergonha por ter sido vítima de uma fraude, e preocupação com as possíveis consequências para sua visão. Desapontada, começou a buscar formas de resolver a situação, seja contatando o vendedor para um reembolso ou considerando ações legais, enquanto também se preocupava em alertar outras pessoas para que não passassem pelo mesmo problema.

7 ANÁLISE DO CASO HIPOTÉTICO-EXEMPLIFICATIVO SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS DE LUXO

A responsabilidade civil é a obrigação de reparar danos causados a outra pessoa devido a ações ou omissões voluntárias, negligência ou imprudência (Cavaliere Filho, 2003). Este princípio busca compensar a pessoa afetada pelo dano, desde que certos elementos estejam presentes. A responsabilidade civil surge quando há um dano que pode ser imputado a alguém e que é juridicamente considerado causado por um fato — seja uma ação, omissão humana, um fato humano não intencional ou um evento natural — que seja antijurídico, ou seja, não permitido pelo direito em si ou nas suas consequências (Noronha, 2003).

Analizando os conceitos apresentados por Noronha, constata-se que o ato (ou fato), em algumas hipóteses, mesmo sem ação humana, pode ter repercussão jurídica e ocasionar a incidência da responsabilidade civil. Por dano, entende-se que há prejuízo, podendo esse ser patrimonial ou extrapatrimonial. Sem dano não há responsabilidade civil. Já o nexo causal é o elo de ligação entre o fato e o dano, aquilo que precisa ser comprovado para a aplicação da responsabilidade civil, enquanto o nexo de imputação é o motivo pelo qual se estabelece a responsabilidade civil. Em outras palavras, significa identificar, no caso concreto, o que o juiz precisa estar baseado para reconhecer a responsabilidade civil. Em suma, nas palavras de Noronha (2003, p. 1), “dano, nexo de imputação e nexo de causalidade são efetivamente os pressupostos fundamentais da responsabilidade civil, ainda que não sejam os únicos”.

No âmbito das relações de consumo, o CDC adota a teoria da responsabilidade objetiva, baseada no risco do empreendimento. Nesse contexto, não se exige a demonstração de culpa para que o fornecedor seja responsabilizado. Basta a presença de três pressupostos: o defeito do produto ou serviço - o chamado fato do produto ou do serviço -, a ocorrência de um dano efetivo, seja ele material ou moral, e o nexo de causalidade entre ambos. Além disso, o CDC só admite a exclusão de responsabilidade se o fornecedor provar que não colocou o produto no mercado, que o defeito não existe ou que o dano foi causado exclusivamente por culpa do consumidor ou de terceiros (art. 12, § 3º, CDC).

No caso hipotético exemplificativo no tópico anterior, fica claro que todos os elementos para incidir a responsabilidade civil estão presentes. Assim, Maria, ao ser enganada pelo anúncio enganoso promovido pela pessoa que vendeu a ela uns óculos de sol falsificados, possivelmente terá sucesso se promover uma ação judicial contra o vendedor. Porém, não se pode analisar separadamente o caso de Maria, sem considerar o motivo do crescimento exponencial da venda dos produtos falsificados. É preciso analisar todos os fatores envolvidos para se ter uma perspectiva completa da situação.

João, enquanto líder da Neves Botelho, sabia do comércio de contrafações que sua marca sofria, mas nada fazia para combater, já que viu suas vendas aumentarem com o crescimento desse mercado de falsificações. Embora a Neves Botelho não seja a responsável direta pelo dano ocular causado a Maria, o fato de a empresa não ter adotado medidas de combate à contrafação facilitou a expansão desse mercado. Além dos óculos de sol, que foram objeto do exemplo, outros danos ao consumidor também são percebidos com o comércio de produtos falsificados, como o de calçados (causando desconforto, irritações na pele ou

problemas ortopédicos devido ao contato prolongado), de produtos de beleza (que podem conter substâncias que causam alergias ou outras reações adversas), de eletrônicos (que podem não atender aos padrões de segurança, aumentando o risco de incêndios, explosões ou choques), de peças de automóveis (aumentando o risco de falhas mecânicas, acidentes de trânsito e lesões graves), e assim por diante.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) traz artigos em seu texto que buscam conferir proteção ao consumidor, assegurando que estes sejam protegidos contra os riscos associados a produtos falsificados e possam buscar justiça e compensação em caso de danos. Embora o CDC tenha previsões legais, o Código Civil (Lei n.º 10.406/2002) pode substituí-lo nas hipóteses em que for mais benéfico. Por isso, como o sistema da responsabilidade civil objetiva do CC de 2002 passou a incluir regras de responsabilidade objetiva fundadas no risco da atividade, adota-se aqui o art. 931 do CC porque este mostra ser mais benéfico ao consumidor (Wesendonck, 2019).

O ordenamento jurídico brasileiro entende por responsabilidade civil objetiva o modelo intitulado “teoria do risco”, que dispensa a prova de culpa e se baseia no risco ou na determinação legal (Martins-Costa, 1991). No caso de um dano sofrido por um particular, a prova do prejuízo e da relação causal são suficientes para ensejar a obrigação de reparação (Cavaliere Filho, 2003). Para Maria, seria impossível comprovar que a empresa Neves Botelho nada fez para combater a venda de cópias falsificadas - é o que Brito (2018) chama de prova diabólica. Mas, com base no dever da empresa de promover medidas que combatam tal prática ilegal, seria possível atribuir responsabilidade à empresa pautado no dever que ela tem de proteger o consumidor contra práticas comerciais desleais, incluindo a venda de produtos falsificados. Assim, seria razoável adotar a comprovação de culpa presumida, se demonstrado o dano sofrido e a relação causal.

Alinhada à inércia da empresa em combater a prática ilegal, a atividade omissiva também fica evidente. Isso porque a empresa titular da marca de luxo não participou de forma direta na produção do dano, mas tinha o dever de evitá-lo. Foi demonstrado que a empresa titular da marca não teve boas práticas ao longo de suas atividades comerciais, e essa conduta omissa colaborou para a efetivação dos danos aos consumidores e parceiros.

Dessa forma, pode-se concluir que a atividade se opôs à finalidade social a que se destina, uma vez que agiu de forma oposta aos princípios éticos da moral e dos bons costumes (Carvalho J., 2016), mesmo sem ferir diretamente uma lei. O prejuízo pode ser causado por

falta de agir, como no caso apresentado, podendo violar o direito ou causar dano à outrem (Cavaliere Filho, 2003).

Segundo Mello (1996), trata-se de dano indenizável aquele no qual o evento que cause o dano provoque não apenas uma lesão econômica, mas também uma lesão jurídica, e que tal lesão se trate de bem jurídico protegido pelo sistema normativo, reconhecido como direito individual. Assim, a análise do caso apresentado permite concluir que é plenamente possível aplicar a responsabilidade civil objetiva, na forma omissiva, uma vez que foram identificados os elementos essenciais para sua configuração: o dano sofrido pela vítima, a ação ou omissão do agente e o nexo de causalidade entre ambos. A conduta lesiva, seja por negligência, imprudência ou imperícia, resultou em prejuízos concretos que justificam a reparação. Dessa forma, a aplicação da responsabilidade civil não apenas é cabível, mas também necessária para garantir a justiça e a compensação adequada à parte lesada.

CONCLUSÃO

Em relação à prática de contrafação, embora possa proporcionar lucros significativos a uma marca de luxo através da venda de cópias falsificadas, resta evidente que tal comércio pode causar danos consideráveis e irreversíveis aos consumidores. Estes danos não se limitam apenas à qualidade inferior dos produtos, mas também abrangem questões de segurança, saúde e direitos do consumidor, que são frequentemente comprometidos. Essa prática compromete os princípios de proteção ao consumidor e a compra com confiança no produto, ofendendo os fundamentos elementares do direito.

Os resultados revelam que a contrafação ainda é uma prática amplamente presente no comércio no Brasil, o que representa um desafio significativo no combate dessa prática ilegal. Somada à ausência de regulação específica que estimule grandes empresas a combater a compra e venda de falsificações, as empresas de luxo não veem incentivos para reprimir o comércio ilegal de cópias de seus produtos, uma vez que tal atividade ilícita colabora na divulgação desses itens e aumenta o valor de mercado dos produtos originais.

Assim, a criação de uma regulação, baseada na responsabilidade civil objetiva, pode ser um meio eficaz de proteger consumidores de atividades enganosas e desleais. Criar obrigações de combate à contrafação faria com que as empresas de luxo tivessem o dever de

assumir a responsabilidade pelos danos aos quais o consumidor foi exposto, contestando a postura de omissão.

No entanto, constatam-se limitações na pesquisa realizada. De início, a análise baseia-se na jurisprudência e na doutrina disponíveis à época do estudo, o que pode não refletir eventuais mudanças na legislação ou na interpretação jurídica. Ainda, a perspectiva do estudo está restrita ao contexto brasileiro, assim, as particularidades do sistema jurídico brasileiro, bem como as especificidades culturais, econômicas e sociais do país, podem influenciar os resultados e as conclusões da pesquisa. Essas restrições, em conjunto, podem impactar a abrangência e a aplicabilidade das conclusões apresentadas, devendo ser cuidadosamente levadas em conta na interpretação dos resultados.

Para pesquisas futuras, seria valioso aprofundar a análise das estratégias legais utilizadas por outros países em situações semelhantes à apresentada na realidade brasileira, fazendo uso do direito comparado. Poderia, ainda, ser desenvolvido um estudo mais amplo das consequências econômicas e legais sofridas por consumidores nas hipóteses em que ocorrem danos, uma vez que eles são os mais prejudicados na relação comercial. Ademais, uma investigação mais detalhada das questões éticas e morais em razão da inércia de grandes empresas diante de tais ilegalidades pode proporcionar visões valiosas para legisladores, advogados e demais profissionais que atuam com a criação de designs e confecções. Ainda, seria interessante considerar como a tecnologia e as plataformas digitais estão impactando o mercado de cópias falsificadas, de modo que o estudo do aumento do valor de mercado em decorrência do crescimento de falsificações pode ser um campo de pesquisa promissor para o futuro. Em suma, há uma ampla gama de tópicos a serem explorados no campo interdisciplinar do impacto de contrafações para empresas de luxo.

REFERÊNCIAS

BARROS, Raquel Côrrea; LEONARDOS, Gabriel F. A pirataria na indústria da moda. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 162, p. 83-89, jun. 2024.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 11 jul. 2024.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 11 jul. 2024.

BRITO, Edvaldo. A responsabilidade civil no atual direito positivo brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 997, p. 6, 2018.

CARACIOLA, Carolina Boarti; SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz (org.). A evolução do mercado de luxo: de Luís XIV à contemporaneidade. *In: Fashion Law: direito da moda*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata. Costurando um modelo de proteção da moda pelo direito de autor: os desafios e perspectivas dos direitos autorais na proteção às criações de moda. **Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição**, Aracaju, v. 10, n. 1, p. 216-233, fev. 2016.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. **Revista dos Tribunais**, v. 8, p. 2-10, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 31-47, 2003.

COSTA, César Augusto Rodrigues. A Proteção Contra a Pirataria e a Propriedade Industrial. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados 3**, Rio de Janeiro, p. 29-35, jun. 2011.

HOUSE of Gucci. Direção: Ridley Scott. Estados Unidos: MGM Studios, 2021.

MANDHACHITARA, Rujirutana; LOCKSHIN, Larry. Fast moving luxury goods: positioning strategies for Scotch whisky in Thai department stores. **International Journal of Retail & Distribution Management**, Bingley, v. 32, n. 6, p. 312-319, jun. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, v. 15, n. 93, p. 29-52, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MISANI, Nicola; CAPELLO, Paola Varacca. The Recent Evolution of Fashion. *In: Fashion collections: Product development & merchandising*. Milan: Bocconi University Press, 2017.

MOORE, Christopher M.; BIRTWISTLE, Grete. **O luxo reinventado do Gucci Group**, n. 56, p. 82-88, mai./jun. 2006.

NORONHA, Fernando. O nexó de causalidade na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 816, p. 1, 2003.

PASSARELLI, Sílvio. **O universo do luxo: marketing e estratégia para o mercado de bens e serviços de luxo**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2010.

ROMANI, S.; PACE, S.; GISTRI, G.; MASSERINI, L. Gli effetti della contraffazione sui fashion brand originali: un'indagine empirica. **Mercati e Competitività**, Parma, n. 1, p. 33-52, 2011.

SANTOS, Adriana Costa dos. O Dinamismo da economia e seus paradoxos na proteção do consumidor. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados 3**, Rio de Janeiro, p. 10-15, jun. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1003399-26.2021.8.26.0344**. Apelante: Prosalon Cosméticos Ltda. Apelado: Shps Tecnologia e Serviços Ltda. Relator: Des. Jorge Tosta. São Paulo, 22 fev. 2022a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1003399-26.2021&foroNumeroUnificado=0344&dePesquisaNuUnificado=1003399-26.2021.8.26.0344&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>. Acesso em: 19 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 2005532-52.2022.8.26.0000**. Agravante: Shps Tecnologia e Serviços Ltda. Agravado: Prosalon Cosméticos Ltda. Relator: Des. Jorge Tosta. São Paulo, 15 ago. 2022b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2005532-52.2022&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2005532-52.2022.8.26.0000&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>. Acesso em: 19 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1126946-30.2019.8.26.0100**. Apelante: Maxim Administração e Participação Ltda. Apelado: Bulgari S.p.a., Burberry Limited, Burberry Brasil Comércio de Artigos de Vestuário e Acessórios Ltda., Goyard St-Honore, Hugo Boss Trademark Management GmbH & Co Kg, Sporloisirs S.a, Cartier International Ag e Montblanc Simplo GmbH. Relator: Des. Ricardo Negrão. São Paulo, 22 nov. 2022c. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI006CG580000>. Acesso em: 19 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1029822-45.2022.8.26.0196**. Apelante: Luiz Alexandre Neto. Apelado: H.m. Martoni Artefatos de Couro Ltda. Relator: Des. Mauricio Pessoa. São Paulo, 26 set. 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1029822-45.2022&foroNumeroUnificado=0196&dePesquisaNuUnificado=1029822-45.2022.8.26.0196&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>. Acesso em: 19 jul. 2024.

SOUZA, Deborah Portilho Marques de. **A Propriedade Intelectual na Indústria da Moda: formas de proteção e modalidades de infração**. 2015. 338 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação) — Academia de Propriedade Intelectual,

Inovação e Desenvolvimento, Coordenação de Programas de Pós-Graduação e Pesquisa, Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70085145977**. Apelantes/Apelados: Ferrari S.P.A., Cristiano Gomes de Matto, Monique Acosta Pereira - ME, CR Line Prototipos LTDA, Excustoms Personalização de Carros LTDA. - ME e MinasMaquinas S.A. Relator: Des. Jorge André Pereira Gailhard. Porto Alegre, 27 abr. 2022. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/resumo?numeroProcesso=70085145977>. Acesso em: 19 jul. 2024.

RODRIGUES, Débora Lobato de Oliveira *et al.* Fashion Law: direito da moda sob a perspectiva da propriedade intelectual e o trade dress. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**. São Paulo, v. 10, n. 6, p. 3801-3823, jun. 2024.

WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento do medicamento Sifrol. **Revista dos Tribunais Online**, 2019.

O CASO BRUMADINHO E O DEVER DE DILIGÊNCIA: UM NOVO PARADIGMA PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES?

THE BRUMADINHO CASE AND THE DUTY OF CARE: A NEW PARADIGM FOR THE LIABILITY OF CORPORATE DIRECTORS?

Luiz Henrique Graeff Fydryszewski¹

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

RESUMO

Este artigo trata da evolução do dever de diligência dos administradores de companhias à luz do Caso Brumadinho, no qual a Comissão de Valores Mobiliários apurou a responsabilidade de administradores da Vale S.A. Em particular, examina-se se, e em que medida, o referido caso representa um alargamento do escopo desse dever. A partir de análise da doutrina e da jurisprudência administrativa e internacional, argumenta-se que o dever de diligência é um conceito dinâmico, influenciado por práticas contemporâneas de compliance e governança corporativa. O estudo revela os desafios para a delimitação da atuação diligente da alta administração diante de riscos corporativos, especialmente quanto aos limites da delegação de funções. Conclui-se que o caso Brumadinho, embora apresente desdobramentos novos, se insere em uma tendência mais ampla de exigir dos administradores uma atuação proativa na implementação de sistemas de controle e reporte eficazes.

PALAVRAS-CHAVE

Direito societário – Governança corporativa – Dever de diligência – Caso Brumadinho – Responsabilidade de administradores.

SUMÁRIO

Introdução. 1 Conceituação do dever de diligência. 1.1 Subdeveres. 1.2 Dever de se qualificar para o exercício da função. 1.3 Dever de se informar. 1.4 Dever de investigar. 1.5 Dever de vigiar. 2 O caso Brumadinho. 2.1 Voto do Diretor Relator Daniel Maeda. 2.2 Voto do Presidente João Pedro Nascimento. 2.3 Voto do Diretor Otto Lobo. 2.4 Voto do Diretor João Accioly. Conclusão. Referências.

REFERÊNCIA: FYDRYSZEWSKI, Luiz Henrique Graeff. O caso Brumadinho e o dever de diligência: um novo paradigma para a responsabilização de administradores? **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 246-272, ago. 2025.

INTRODUÇÃO

Os² administradores de uma companhia, embora não sejam necessariamente seus proprietários, são incumbidos de geri-la e de tomar decisões negociais em seu nome. Ao mesmo tempo em que seu poder sobre o patrimônio alheio é vinculado ao objeto social³, ele pressupõe uma margem de discricionariedade, sem a qual a atividade econômica da companhia restaria paralisada. A fim de conciliar esses dois imperativos – a obediência ao

ABSTRACT

This article addresses the evolution of the duty of care owed by corporate directors, in light of the Brumadinho case, in which the Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM) investigated the liability of executives at Vale S.A. In particular, it examines whether, and to what extent, the case represents an expansion of the scope of that duty. Based on an analysis of national and international legal scholarship, as well as administrative and international jurisprudence, the article argues that the duty of care is a dynamic concept, shaped by contemporary compliance and corporate governance practices. The study highlights the challenges of defining the scope of diligent conduct by senior management in the face of corporate risk, especially with regard to the limits of delegation. It concludes that, although the Brumadinho case introduces new developments, it is part of a broader trend of requiring directors to take a proactive role in implementing effective control and reporting systems.

KEYWORDS

Corporate law – Corporate governance – Duty of care – Brumadinho case – Corporate directors' liability.

² As opiniões aqui expressas são exclusivamente do autor e não refletem, necessariamente, a posição de quaisquer instituições acadêmicas, profissionais ou organizações às quais possa estar vinculado.

³ ZANINI, Carlos Klein. A doutrina dos “*fiduciary duties*” no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 306, n. 109, p. 137-149, jan./mar. 1998. p. 138.

objeto social e a liberdade de atuação –, a Lei n. 6.404/1976 prevê uma série de deveres, ditos “fiduciários”, destinados a orientar o comportamento dos administradores.⁴

O artigo 153 da Lei n. 6.404/1976 dispõe sobre o dever de diligência, verdadeira “pedra de toque” da atividade dos administradores.⁵ Trata-se, segundo Nelson Eizirik, do dever fiduciário “mais importante – e de difícil caracterização – de todos”.⁶ Com efeito, ainda que não se confunda com os demais deveres, ele os orienta⁷, já que representa a transposição de um princípio geral do direito para a administração das sociedades anônimas.⁸

Embora a doutrina jurídica, a jurisprudência e normativas de *soft law* ajudem a definir os contornos do dever de diligência, ele adquire significado à luz do caso concreto. Não se trata de um conceito estanque, mas de um *standard* aberto e moldável às circunstâncias da realidade social e corporativa. Justifica-se, assim, a importância de verificar a evolução do dever de diligência na prática, atentando-se às novas responsabilidades e exigências que ele atribui aos administradores das companhias.

O Processo Administrativo Sancionador CVM n. 19957.007916/2019-38, que apura a responsabilidade de dois executivos da Vale S.A. pelo descumprimento do dever de diligência no contexto do desastre em Brumadinho, representa um desses momentos em que o conceito se atualiza sob o influxo da realidade social. De fato, o caso Brumadinho tem sido interpretado como o advento de uma concepção mais rigorosa do dever de diligência, exigindo dos administradores uma vigilância mais robusta e proativa em relação aos riscos associados às suas atividades.⁹

O objetivo deste trabalho é examinar se, e em que medida, o caso Brumadinho constitui uma ampliação do conteúdo e do escopo do dever de diligência. Para isso, adota-se uma abordagem qualitativa, com base na análise da doutrina nacional e estrangeira, de julgados internacionais e da jurisprudência administrativa da Comissão de Valores

⁴ BARBOSA, Marcelo. Dever de diligência: forma e conteúdo. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; AZEVEDO, Luis Andre; HENRIQUES, Marcus de Freitas (org.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas**: Homenagem a Nelson Eizirik – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 51-64. p. 51.

⁵ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Dever de diligência. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (org.). **Direito das companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 799-808. p. 799.

⁶ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**: Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 125.

⁷ BARBOSA, Marcelo. *op. cit.*, p. 52.

⁸ PARENTE, Flávia. **O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41.

⁹ SOLEDADE, Durval. Julgamento do caso Brumadinho na CVM, **Valor Econômico**, 31 out. 2024. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/coluna/julgamento-do-caso-brumadinho-na-cvm.ghtml>. Acesso em: 23 fev. 2025; FRAZÃO, Ana. Dever de diligência de administradores de companhias, **Jota**, 27 nov. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dever-de-diligencia-de-administradores-de-companhias>. Acesso em: 23 fev. 2025.

Mobiliários (CVM). Pretende-se, assim, construir um panorama do entendimento atual sobre o dever de diligência e, a partir dele, analisar comparativamente a evolução do tema à luz do caso Brumadinho.

O artigo está dividido em duas partes: a primeira trata das discussões doutrinárias, normativas e jurisprudenciais sobre o dever de diligência, com ênfase no Brasil e nos Estados Unidos; a segunda explora o caso Brumadinho e os posicionamentos adotados pela CVM. Ao final, apresentam-se as conclusões da pesquisa.

1 CONCEITUAÇÃO DO DEVER DE DILIGÊNCIA

O dever de diligência insta o administrador a “empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”. Assim, compete ao administrador não apenas exercer seu cargo, mas também e sobretudo fazê-lo com atenção, zelo e dedicação.

Como visto, ao consagrar a diligência como padrão de conduta dos administradores, a Lei toma por referencial a figura do “homem ativo e probo”.¹⁰ Uma parte da doutrina aponta a inadequação desse modelo às modernas companhias, uma vez que este remete ao *bonus pater familiae* do direito romano, isto é, ao homem médio, desprovido de competências excepcionais, que dirige a unidade familiar.¹¹ Nesse sentido, pontua-se que o bom pai de família é infenso a riscos, buscando a preservação do patrimônio, ao passo que o administrador deve maximizar os lucros, sujeitando-se às áleas da atividade empresarial.¹² Além disso, a crescente complexidade e institucionalização das sociedades anônimas demandariam um nível de cuidado superior ao do homem médio.¹³

Seja como for, o dever de diligência – assim como os demais deveres fiduciários – não prescreve ações específicas. Consiste, na verdade, em uma cláusula geral em sentido próprio, caracterizada por uma indeterminação tanto na hipótese quanto na consequência.¹⁴

¹⁰ BRASIL. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilado.htm. Acesso em: 23 fev. 2025.

¹¹ EIZIRIK, Nelson. *op. cit.*, p. 126-127. Luiz Antonio de Sampaio Campos, por outro lado, entende que o padrão de conduta consagrado não é o do *bonus pater familiae*, mas o do homem de negócios, adaptado do Código Comercial (CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. *op. cit.*, p. 801).

¹² LORIA, Eli; KALANSKY, Daniel. *Reliance defense* no mercado de capitais brasileiro. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; AZEVEDO, Luis Andre; HENRIQUES, Marcus de Freitas (org.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas**: Homenagem a Nelson Eizirik – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 493-518. p. 497-498.

¹³ RIBEIRO, Renato Ventura. **Dever de diligência dos administradores de sociedades**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 214.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais: um ensaio de qualificação. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (org.). **Direito: teoria e**

Essa “incompletude estrutural”, nas palavras de Judith Martins-Costa, permite que o aplicador da lei construa seu significado mediante o reenvio a outras normas jurídicas ou a padrões de comportamento.¹⁵ A elasticidade do dever de diligência torna-o, assim, particularmente adequado à dinamicidade da prática empresarial.^{16/17}

Em que pese essa indeterminação, claro está que o dever de diligência não se confunde com uma obrigação de resultado.¹⁸ Trata-se de uma obrigação de meios, na qual o resultado é, por definição, aleatório.¹⁹ Em outras palavras, o malogro da companhia não indica, por si só, o descumprimento do artigo 153 da Lei n. 6.404/1976, assim como o sucesso não prova seu cumprimento.²⁰ Nesse sentido, o exame da diligência empregada pelo administrador pressupõe uma “análise procedimental, ou seja, coloca-se sob escrutínio todo o processo percorrido para a prática de certo ato ou a tomada de decisão”.²¹

A caracterização do dever de diligência como obrigação de meios implica que os administradores não podem ser responsabilizados por decisões negociais que tenham sido tomadas de forma desinteressada, refletida e informada.²² Por isso, a regra de decisão negocial (*business judgment rule*), mais propriamente caracterizada como um standard de revisão judicial²³, evita que os julgadores se substituam aos administradores, reavaliando, sob a influência do viés retrospectivo (*hindsight bias*), a oportunidade e a conveniência das decisões negociais.²⁴ Esse *standard*, que se aproxima da regra esculpida no artigo 159, § 6º, da Lei n.

experiência – Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau, Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 993-1021. p. 999; ADAMEK, Marcelo Vieira von. Dever de diligência. In: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (org.). **Lei das Sociedades Anônimas Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 766-784. p. 771.

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 1006.

¹⁶ EIZIRIK, Nelson. *op. cit.*, p. 129.

¹⁷ Não obstante essa elasticidade, o Colegiado da CVM reconhece certos parâmetros para a análise do cumprimento do dever de diligência. Em seu voto no Processo Administrativo Sancionador n. RJ2014/6517, o Presidente Marcelo Barbosa elencou três circunstâncias a serem consideradas: (i) as competências legais e estatutárias do administrador, (ii) o grau de técnica da matéria e (iii) a existência de sinais de alerta (Voto do Presidente Marcelo Barbosa no PAS CVM n. RJ2014/6517, julgado em 25/06/2019, § 35). Como se verá adiante, o Diretor-Relator Daniel Maeda também adotou esses critérios ao julgar o caso de que trata este artigo.

¹⁸ Como observa Judith Martins-Costa, as expressões “obrigação de meios” e “obrigação de diligência” podem ser tomadas como sinônimas (MARTINS-COSTA, Judith. A obrigação de diligência: sua configuração na obrigação de prestar melhores esforços e efeitos do seu inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). **Inexecução das obrigações**: pressupostos, evolução e remédios – Volume I. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 133-173. p. 142).

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 56, n. 386, p. 26-35, dez. 1967. p. 33.

²⁰ ADAMEK, Marcelo Vieira von. *op. cit.*, p. 779-780.

²¹ Voto da Diretora Relatora Flávia Perlingeiro no PAS CVM n. 19957.008642/2019-02, julgado em 25/07/2023, § 119.

²² ADAMEK, Marcelo Vieira von. *op. cit.*, p. 782-783.

²³ BRANSON, Douglas. The Rule that isn't a Rule – The Business Judgment Rule. **Valparaiso University Law Review**, Valparaíso, v. 36, n. 3, p. 631-654, 2002. p. 631.

²⁴ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. *op. cit.*, p. 804.

6.404/1976^{25/26}, já foi reconhecido pelo Colegiado da CVM.²⁷ Note-se, porém, que a *business judgment rule* só se aplica a decisões negociais. Dessa forma, o dever de vigilância dos administradores, desprovido de um caráter decisório, há de ser avaliado com base nos critérios de razoabilidade e adequação.²⁸

1.1 Subdeveres

Ainda que o dever de diligência seja um *standard* de conduta e, portanto, irredutível a comportamentos específicos, parte da doutrina indica que esse dever se desdobra em subdeveres, os quais precisam o seu conteúdo.²⁹ O Colegiado da CVM, a seu turno, também tem se servido desse rol ao versar sobre a matéria.³⁰ Os diferentes róis propostos, embora tenham núcleos comuns e sejam, em alguma medida, autoexplicativos, apresentam algumas peculiaridades.³¹ Para fins da presente análise, porém, examinam-se os subdeveres referidos pelo Diretor Relator Daniel Maeda no julgamento do Processo Administrativo Sancionador.

1.2 Dever de se qualificar para o exercício da função

Entre os requisitos que a Lei n. 6.404/1976 estabelece para a função de administrador, não se encontra nenhuma qualificação técnica ou habilitação profissional

²⁵ Artigo 159, § 6º, da Lei n. 6.404/1976: “O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.”

²⁶ A identificação entre a *business judgment rule* e o artigo 159, § 6º da Lei n. 6.404/1976 não é total. Eli Loria e Daniel Kalansky observam que a redação do referido artigo carece de alguns elementos constitutivos da *business judgment rule*, como a existência de uma decisão negocial, o desinteresse e a diligência (LORIA, Eli; KALANSKY, Daniel. *op. cit.*, p. 500). Mariana Pargendler, por sua vez, fala em uma “*business judgment rule* à brasileira”, uma vez que o artigo 159, § 6º, partilha o fundamento teleológico da regra americana, mas diverge em aspectos importantes, como a origem normativa e o escopo de aplicação (PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 104, n. 953, p. 51-74, mar. 2015. p. 63).

²⁷ PAS CVM n. RJ2005/1443, Relator Diretor Pedro Oliva Marcilio de Sousa, julgado em 10 mai. 2006; PAS CVM n. RJ2008/9574, Relatora Diretora Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes, julgado em 27 nov. 2012; PAS CVM n. 2016/7190, Relator Diretor Gustavo Machado Gonzalez, julgado em 09 jul. 2019.

²⁸ YAZBEK, Otavio. Representações do dever de diligência na doutrina jurídica brasileira: um exercício e alguns desafios. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (org.). **Temas essenciais de direito empresarial: Estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 940-961. p. 944.

²⁹ PARENTE, Flávia. *op. cit.*, p. 101-102; RIBEIRO, Renato Ventura. *op. cit.*, p. 222-231; CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio, *op. cit.*, p. 805-808.

³⁰ Voto do Diretor Relator Eli Loria no PAS CVM n. 25/03, julgado em 25/03/2008, p. 39.

³¹ Para uma análise detalhada das diferentes classificações dos subdeveres, cf. YAZBEK, Otavio. **Representações do dever de diligência na doutrina jurídica brasileira**: um exercício e alguns desafios. *op. cit.*, p. 951-956.

específica.³² Por isso, o administrador tem o dever de se qualificar, isto é, de adquirir as competências que lhe são exigidas para exercer o cargo.³³ Essa aptidão mínima não se confunde, porém, com a necessidade de um conhecimento pericial aprofundado. O que se exige, em verdade, é que o administrador tenha o discernimento, a disposição e a disponibilidade de tempo para desenvolver uma compreensão geral sobre os negócios da companhia.³⁴

O dever de se qualificar para o exercício da função foi examinado no caso *Francis v. United Jersey Bank*, julgado pela Suprema Corte de New Jersey em 1981.³⁵ Na hipótese, a instituição financeira ré era executora do espólio de Lillian Pritchard, acusada de descumprir seu dever fiduciário na condição de conselheira de administração da Pritchard & Baird Intermediaries Co. (P&B). Durante anos, os filhos da então conselheira teriam desviado recursos da P&B, contribuindo para a sua insolvência. A ré sustentou que a Sra. Pritchard, em razão de sua idade avançada, não podia se manter a par das atividades da P&B. Tal argumentação não foi acolhida pela Suprema Corte, a qual salientou que os administradores têm o dever de se familiarizar com os aspectos fundamentais da companhia, não podendo arguir que a sua falta de conhecimento os isenta de exercitar o dever de diligência. De forma ilustrativa, a Suprema Corte pontuou: “Um diretor não é um enfeite, mas um componente essencial da governança corporativa. Consequentemente, um diretor não pode se proteger atrás de um escudo de papel com o lema: ‘diretor de fachada’”.^{36/37}

1.3 Dever de se informar

O administrador também tem o dever de reunir os dados necessários para que possa tomar decisões informadas sobre os negócios da companhia. Com efeito, não se pode dizer

³² Em contraste, o Art. 162 da Lei n. 6.404/1976 exige que os conselheiros fiscais sejam diplomados em curso universitário ou tenham exercido por pelo menos três anos o cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal.

³³ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio, *op. cit.*, p. 803.

³⁴ RIBEIRO, Renato Ventura. *op. cit.*, p. 222-223.

³⁵ Supreme Court of Delaware. *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.* Wilmington, 24 jan. 1963.

³⁶ *Ibid.*, tradução nossa. No original: “A director is not an ornament, but an essential component of corporate governance. Consequently, a director cannot protect himself behind a paper shield bearing the motto, ‘dummy director’.”

³⁷ Em seu voto proferido no Processo Administrativo Sancionador CVM n. RJ2005/1443, o diretor relator Pedro Oliva Marcilio de Sousa expressou entendimento similar: “Existem, no entanto, situações em que, além de operações em que se tenha interesse, o Poder Judiciário não aceita a aplicação da regra da decisão negocial. Por exemplo, não se aceita a completa alienação das decisões negociais, alegando-se falta de competência ou de conhecimento” (Voto do Diretor Relator Pedro Oliva Marcilio de Sousa no PAS CVM n. RJ2005/1443, julgado em 10 mai. 2006, § 32).

que uma conduta foi diligente sem que tenha sido informada.³⁸ É importante notar, porém, que a extensão das informações a serem obtidas depende de um juízo de razoabilidade do próprio administrador.³⁹ Assim, não é preciso que esgote todas as possíveis fontes de informação antes de tomar uma decisão, uma vez que tal zelo pode prejudicar o dinamismo da companhia e até mesmo comprometer oportunidades de negócios.⁴⁰

O dever de se informar foi abordado no Processo Administrativo Sancionador CVM n. RJ2005/0097, julgado em 15/03/2007.⁴¹ A controvérsia girava em torno de operações que teriam exposto a Tele Centro Oeste Celular Participações S/A (TCO) a elevados riscos com o objetivo de beneficiar as suas controladoras indiretas. Como resultado, os acionistas das controladoras indiretas, bem como os membros do conselho de administração da TCO, foram objeto de uma série de imputações, dentre elas o descumprimento do dever de diligência. No voto condutor, ao tratar da aprovação pelo conselho de administração da TCO das aquisições de debêntures emitidas pelas controladoras indiretas, a Diretora Relatora Maria Helena Santana observou que “[u]ma das formas pelas quais se analisa se o administrador foi ou não diligente é verificando se a decisão negocial foi ou não informada”.⁴² Com efeito, a Diretora Relatora reconheceu que os administradores têm discricionariedade para identificar as matérias merecedoras de uma avaliação mais criteriosa. Contudo, diante da importância econômica das operações e do fato de a transação envolver as controladoras, entendeu-se que os conselheiros descumpriram o seu dever de diligência ao não se informarem adequadamente.

Apesar do seu dever de se informar, não se exige que os administradores obtenham pessoalmente os conhecimentos necessários para sua tomada de decisão. De fato, considerando a complexidade e a diversidade das matérias com que podem ser confrontados, reconhece-se aos conselheiros de administração e diretores⁴³ o direito de se fiar em pareceres, opiniões ou laudos produzidos por terceiros especialistas.⁴⁴ Trata-se do *right to rely on others*, ou *reliance defense*, por meio do qual os administradores podem se desincumbir do seu dever de se informar.⁴⁵ Note-se, porém, que o *right to rely on others* não exime os administradores de analisar criticamente as informações que lhes são submetidas. Com efeito, como

³⁸ ADAMEK, Marcelo Vieira von. *op. cit.*, p. 772.

³⁹ BARBOSA, Marcelo. *op. cit.*, p. 58-59.

⁴⁰ EIZIRIK, Nelson. *op. cit.*, p. 132.

⁴¹ PAS CVM n. RJ2005/0097, Relatora Diretora Maria Helena de Santana, julgado em 15 mar. 2007.

⁴² Voto da Diretora Relatora Maria Helena de Santana no PAS CVM n. RJ2005/0097, julgado em 15 mar. 2007, § 18.

⁴³ LORIA, Eli; KALANSKY, Daniel. *op. cit.*, p. 515-516.

⁴⁴ BARBOSA, Marcelo. *op. cit.*, p. 60.

⁴⁵ LORIA, Eli; KALANSKY, Daniel. *op. cit.*, p. 494.

sublinhado pelo Diretor Relator Eli Loria no voto proferido no âmbito do Processo Administrativo Sancionador CVM n. 08/05, julgado em 12/07/2007:

[A]pesar da tendência existente de se garantir aos administradores o direito de confiar nas informações prestadas por terceiros experts, destaca-se que integra o dever de se informar a conferência, a investigação e a supervisão das fontes, sob pena de atuação sem o cuidado e a diligência devidos.⁴⁶

Os requisitos para a configuração do *right to rely on others* foram explorados de forma detalhada no Processo Administrativo Sancionador CVM n. RJ2014/8013, julgado em 28/08/2018.⁴⁷ O caso versava sobre supostas irregularidades praticadas no âmbito da HRT Participações em Petróleo S.A. (HRT), relativas (i) a duas deliberações do conselho de administração da HRT, nas quais se decidiu suspender dois conselheiros de administração e declarar a nulidade da eleição de dois conselheiros fiscais, (ii) à deliberação, tomada em assembleia geral extraordinária, de mover ações de responsabilidade civil contra os conselheiros fiscais afastados e (iii) à responsabilidade da JG Petrochem Participações Ltda., por não ter divulgado, na forma estabelecida pela CVM, seu objeto de alterar a estrutura administrativa da HRT.

No voto condutor, ao tratar da imputação de responsabilidade aos membros do conselho de administração da HRT pelas referidas deliberações, o Diretor Relator Gustavo Gonzalez elencou seis requisitos para a validade da *reliance defense*. São eles: (i) a qualificação do assessor, isto é, o terceiro consultado deve ter expertise na matéria; (ii) a divulgação de informações, ou seja, o administrador deve colocar à disposição do assessor todas as informações de que este possa precisar para conduzir sua análise; (iii) a efetiva confiança, ou seja, é preciso que o administrador tenha de fato tido ciência da informação prestada pelo terceiro ao tomar sua decisão; (iv) o nexo de causalidade entre a informação prestada pelo terceiro e a decisão tomada pelo administrador; (v) a inexistência de sinais de alerta identificáveis para um administrador razoável; e, por fim, (vi) a boa-fé do administrador.⁴⁸

Na hipótese, ainda que os conselheiros de administração tenham consultado pareceres jurídicos ao tomar suas decisões, a aplicação da *reliance defense* foi afastada, uma vez que os requisitos para sua aplicação não estavam configurados. A esse respeito, destacou-se que os pareceres haviam sido disponibilizados aos conselheiros pouco tempo

⁴⁶ Voto do Diretor Relator Eli Loria no PAS CVM n. 08/05, julgado em 12 dez. 2007, p. 15.

⁴⁷ PAS CVM n. RJ2014/8013, Relator Diretor Gustavo Machado Gonzalez, julgado em 28 ago. 2018.

⁴⁸ Voto do Diretor Relator Gustavo Machado Gonzalez no PAS CVM n. RJ2014/8013, julgado em 28 ago. 2018, § 21.

antes do início da reunião do conselho de administração, de modo que estes não tiveram o tempo hábil para analisá-los com cuidado. Além disso, pontuou-se que as informações fornecidas aos pareceristas foram insuficientes, como inclusive observado por estes em seus pareceres, e que existiam sinais de alerta, notadamente em razão de divergências substanciais entre as conclusões dos pareceres.

1.4 Dever de investigar

O dever de investigar representa um desdobramento do dever de se informar.⁴⁹ Nesse sentido, devem os administradores examinar criticamente as informações que recebem, a fim de detectar potenciais riscos para a companhia.⁵⁰ Diante de sinais de alerta, surge a necessidade de averiguar o risco e, quando cabível, tomar providências para evitá-lo.⁵¹ Assim como no dever de se informar, os administradores têm discricionariedade para determinar a extensão da investigação a ser conduzida, dado que o tempo e os recursos da companhia são finitos.⁵²

O dever de investigar foi abordado no Processo Administrativo Sancionador CVM n. 25/03, julgado em 25/03/2008.⁵³ Na hipótese, a Tele Norte Leste Participações S.A. (TNL) havia alienado, à Telemar Norte Leste S.A. (Telemar), o controle acionário da TNL PCS S.A. (Oi). Essa operação, contudo, teria sido marcada por inconsistências na avaliação da Oi, resultando em diversas imputações contra os administradores da Telemar e da TNL. No voto condutor, o Diretor Relator Eli Loria entendeu pela condenação dos diretores e conselheiros de administração da Telemar por infração ao dever de diligência. A esse respeito, observou: “O dever de investigação torna-se imperioso somente diante da presença dos citados sinais de alerta, revelados por meio da análise crítica obrigatória”.⁵⁴ No entanto, concluiu que, mesmo diante de sinais de alerta, os administradores da Telemar não empregaram a diligência necessária ao examinar o laudo de avaliação que embasou a operação.

⁴⁹ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. *op. cit.*, p. 807.

⁵⁰ ADAMEK, Marcelo Vieira von. *op. cit.*, p. 774-775.

⁵¹ PARENTE, Flávia. *op. cit.*, p. 122.

⁵² *Ibid.*, p. 125.

⁵³ PAS CVM n. 25/03, Relator Diretor Eli Loria, julgado em 25 mar. 2008.

⁵⁴ Voto do Diretor Relator Eli Loria no PAS CVM n. 25/03, julgado em 25 mar. 2008, § 19.

1.5 Dever de vigiar

Aos administradores também compete vigiar o andamento dos negócios da companhia, a atuação de seus pares e subordinados⁵⁵, e o cumprimento das deliberações tomadas.^{56/57} Não se exige que supervisionem pessoalmente todas as atividades da companhia, nem que, ao fiscalizar os demais administradores e funcionários, assumam o papel de “auditor[es] do trabalho alheio”.⁵⁸ Trata-se, em verdade, de uma vigilância geral, mais voltada ao monitoramento global da companhia do que ao acompanhamento detalhado de suas atividades rotineiras.⁵⁹ A necessidade de um cuidado individualizado surge, entretanto, diante de operações mais sensíveis ou relevantes.⁶⁰

No contexto do dever de vigiar, o *right to rely on others* abrange também os subordinados da alta administração. O reconhecimento dessa defesa remonta ao caso *Graham v. Allis-Chalmers*, julgado pela Suprema Corte de Delaware em 1963.⁶¹ Trata-se de uma ação derivada movida contra os membros do conselho de administração e quatro funcionários da *Allis-Chalmers Mfg. Co. (Allis-Chalmers)*, em razão de supostas violações antitruste praticadas por estes últimos. Tais violações resultaram em acusações formais contra a companhia e os referidos funcionários. Entretanto, a Suprema Corte entendeu que os membros do conselho de administração da *Allis-Chalmers* não deveriam ser responsabilizados. Como observado na decisão, a *Allis-Chalmers* era uma empresa de grande escala, de modo que os conselheiros não poderiam acompanhar pessoalmente todas as suas atividades. Além disso, a companhia adotava uma política de descentralização, delegando a tomada de decisão ao nível mais baixo da administração que tivesse condições de assumir tal responsabilidade. Nesse sentido, afirmou-se que os administradores tomaram suas decisões com base nas informações transmitidas por seus subordinados, nos quais tinham o direito de se fiar, salvo quando houvesse sinais de alerta (*red flags*).

O caso *Graham v. Allis-Chalmers* consagra, portanto, uma concepção tradicional do dever de vigiar, segundo a qual a responsabilidade pela materialização de um risco só pode ser

⁵⁵ ADAMEK, Marcelo Vieira von. *op. cit.*, p. 773.

⁵⁶ CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. *op. cit.*, p. 806.

⁵⁷ A vigilância exercida pelos administradores não se confunde com a exercida pelos membros do conselho fiscal. A estes últimos é vedado imiscuir-se na conveniência ou oportunidade das escolhas negociais, limitando-se sua análise à regularidade dos atos da administração. Os administradores, contudo, devem atentar-se também ao mérito das decisões. (PARENTE, Flávia. *op. cit.*, p. 129-130).

⁵⁸ ADAMEK, Marcelo Vieira von. *op. cit.*, p. 773.

⁵⁹ De acordo com Flávia Parente, trata-se de uma vigilância sintética, e não analítica (PARENTE, Flávia. *op. cit.*, p. 127).

⁶⁰ PARENTE, Flávia. *op. cit.*, p. 128.

⁶¹ Supreme Court of Delaware. *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.* Wilmington, 24 jan. 1963.

atribuída aos administradores se eles tiverem recebido sinais de alerta.⁶² Contudo, desde então, a ênfase crescente em temas como compliance e governança corporativa revelou as insuficiências de um modelo que, em maior ou menor medida, condicionava a responsabilidade ao estado anímico dos membros da administração.^{63/64} Assim, atualmente, o enfoque não recai apenas sobre a existência de *red flags*, mas também sobre as estruturas e procedimentos implementados pelos administradores para identificar e mitigar os riscos para a companhia.⁶⁵ Ainda que nenhum sistema de controles internos seja infalível⁶⁶, reduz-se a margem para políticas de governança baseadas na confiança.⁶⁷ De mais em mais, impõe-se a criação de controles efetivos e adequados às características da companhia.⁶⁸

O caso Caremark, julgado pela *Court of Chancery* de Delaware, Condado de New Castle, em 1996, constitui um ponto de inflexão na compreensão do dever de vigilância dos administradores.⁶⁹ Na hipótese, a *Caremark International, Inc.* (Caremark), uma empresa do setor da saúde, era acusada de realizar encaminhamentos de pacientes em troca de vantagens ilícitas. Em consequência, a Caremark teve de pagar indenizações e multas que somaram aproximadamente US\$ 250 milhões. Ao abordar a responsabilidade dos membros do conselho de administração da Caremark pela falha em vigiar (*failure to monitor*), o *Chancellor* Allen referiu-se expressamente à decisão no caso *Graham v. Allis-Chalmers*. Pontuou que, apesar da advertência da Suprema Corte de Delaware contra a instalação de sistemas de espionagem, seria errôneo concluir que o conselho de administração pode se desincumbir do seu dever de

⁶² VIEIRA, Paulo; HERMETO, Lucas. Um mapa para responsabilização de administradores de sociedades em casos de falha no monitoramento de riscos: A doutrina do “*red flag*” e o papel dos sistemas de controle. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; AZEVEDO, Luis Andre; HENRIQUES, Marcus de Freitas (org.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas**: Homenagem a Nelson Eizirik – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 207-223. p. 210-211.

⁶³ *Ibid.*, p. 210-211.

⁶⁴ Na decisão do caso *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, a Suprema Corte de Delaware observa que “absent cause for suspicion, there is no duty upon the directors to install and operate a corporate system of espionage to ferret out wrongdoing which they have no reason to suspect exists” (Tradução nossa: “na ausência de uma causa para desconfiança, não há dever, por parte dos conselheiros, de instalar e operar um sistema de espionagem corporativa para desvendar irregularidades de cuja existência eles não tenham motivos para suspeitar”). (Supreme Court of Delaware. *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.* Wilmington, 24 jan. 1963). Atualmente, ainda que não se exija um sistema de espionagem, a vigilância dos administradores já não pode se fundar exclusivamente na confiança.

⁶⁵ YAZBEK, Otavio. *op. cit.*, p. 946.

⁶⁶ FRANCO, Julia Damazio; GAMA, Frederico Calmon Nogueira da. Controles internos, dever de diligência, e a regra da decisão negocial (*business judgment rule*). In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (org.). **Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos**: Homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano – Volume I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 635-656. p. 649.

⁶⁷ VIEIRA, Paulo; HERMETO, Lucas. *op. cit.*, p. 217.

⁶⁸ BARBOSA, Henrique Cunha. Not so soft: Novos paradigmas regulatórios e algumas notas sobre governança, compliance e business judgment rule. In: ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, Andre Grunspun (org.). **Governança corporativa**: Avanços e retrocessos. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 403-431. p. 412-414.

⁶⁹ Court of Chancery of Delaware, New Castle County. In re Caremark Intern, Inc. Derivative Litigation. Wilmington, 25 set. 1996.

diligência sem implementar controles internos razoáveis e capazes de lhe fornecer as informações necessárias para avaliar o desempenho e a conformidade da companhia. Nessa ordem de ideias, observou:

Assim, sou da opinião de que a obrigação de um conselheiro inclui o dever de tentar, de boa-fé, assegurar que exista um sistema corporativo de informações e relatórios, que o conselho conclua ser adequado, e de que a falha em cumprir tal dever, em certas circunstâncias, pode, pelo menos em teoria, tornar o conselheiro responsável por perdas causadas pela não conformidade com os padrões legais aplicáveis.⁷⁰

Não obstante, o *Chancellor* Allen concluiu que a responsabilidade dos administradores pressupõe uma falha contínua ou sistemática (*sustained or systematic failure*) no exercício da supervisão. No seu entendimento, tal circunstância não estava configurada. Ainda assim, o elevado *standard* para a responsabilização, reiterado em casos posteriores⁷¹, não diminuiu a relevância da mudança operada no entendimento sobre o dever de diligência. De fato, o destaque dos controles internos apenas se acentuou nos anos que se seguiram ao caso Caremark. Os célebres escândalos corporativos ocorridos nos Estados Unidos no início dos anos 2000 deram azo à promulgação, em 2002, do *Sarbanes-Oxley Act*, que, em suas seções 302 e 404, alude expressamente à necessidade de controles internos no âmbito da divulgação de informações financeiras. No mesmo sentido, em 2004, o *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO) publicou o documento *Enterprise Risk Management – Integrated Framework*, que sublinha a necessidade de uma estratégia global das companhias para detectar eventos adversos e administrar riscos.

O caso *Marchand v. Barnhill*, julgado em 2019 pela Suprema Corte de Delaware, exemplifica a aplicação do *standard* delineado em Caremark para a responsabilização de administradores pela falta de mecanismos adequados de monitoramento de riscos.⁷² Na hipótese, os conselheiros de administração da *Blue Bell Creameries USA, Inc.* (Blue Bell), uma empresa do ramo de sorvetes, eram acusados de ter violado os seus deveres fiduciários após um surto da bactéria *Listeria monocytogenes* numa planta da companhia. Em razão da paralisação de suas operações, a Blue Bell sofreu uma crise de liquidez, acarretando prejuízos aos seus acionistas.

⁷⁰ *Ibid.*, tradução nossa. No original: “Thus, I am of the view that a director’s obligation includes a duty to attempt in good faith to assure that a corporate information and reporting system, which the board concludes is adequate, exists, and that failure to do so under some circumstances may, in theory at least, render a director liable for losses caused by non-compliance with applicable legal standards”.

⁷¹ BAINBRIDGE, Stephen. Caremark and Enterprise Risk Management. *Journal of Corporation Law*, v. 34, n. 4, p. 967-990, 2004.

⁷² Supreme Court of Delaware. *Marchand v. Barnhill*, et al. Wilmington, 18 jun. 2019.

Diante disso, a Suprema Corte notou que o ponto fulcral do caso Caremark é que os administradores devem envidar esforços de boa-fé para implementar um sistema de controles razoável. Contudo, mesmo com o *standard* elevado estabelecido no referido precedente, entendeu-se que o conselho de administração da Blue Bell não se desincumbiu desse dever.⁷³ A esse respeito, a Suprema Corte observou que a contaminação alimentar era um risco central para a companhia, dado que seu objeto social era a produção e distribuição de sorvetes. Não obstante, a Blue Bell não contava com um comitê voltado à segurança alimentar e não dispunha de protocolos relativos a esse tema. Além disso, a alta administração da companhia não tomou conhecimento de sinais de alerta importantes, não abordava regularmente o tema de segurança alimentar e, nas oportunidades em que se discutia a respeito, somente recebia relatórios que apresentassem um cenário positivo.

O Brasil não passou ao largo da tendência de valorização dos sistemas de controle. De fato, a terceira edição do Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, publicada em 2004, já reforçava a importância do gerenciamento de riscos e dos controles internos.⁷⁴ No entanto, o principal marco nessa trajetória foi o caso Sadia, julgado pela CVM em 14/12/2010.⁷⁵

Trata-se do Processo Administrativo Sancionador CVM n. 18/08, sob relatoria do Diretor Alexsandro Broedel Lopes, no qual se apurou a responsabilidade do diretor financeiro e dos conselheiros de administração da Sadia S.A. (Sadia) pela suposta violação do dever de diligência no contexto de operações com derivativos.⁷⁶ Essas operações, conhecidas como “2x1”, teriam acarretado perdas de aproximadamente R\$760 milhões à Sadia. No seu voto, o Diretor Relator esclarece que não se trata de avaliar o mérito da decisão de realizar operações com derivativos. O objeto da análise, ao contrário, seria a adequação dos sistemas de gestão de risco e monitoramento da companhia. Nesse sentido, o Diretor Relator considera que o conselho de administração implementou um sistema de controle incompatível com a política financeira conservadora da companhia, pois as pessoas envolvidas em tal sistema estavam subordinadas ao diretor responsável pelas operações com derivativos, criando um risco de conflito de interesses. Além de nove conselheiros de administração, o diretor financeiro

⁷³ *Ibid.* “Although Caremark is a tough standard for plaintiffs to meet, the plaintiff has met it here”. Tradução nossa: “Embora o *standard* de Caremark seja difícil de ser atingido por requerentes, o requerente o atingiu aqui”.

⁷⁴ IBGC. **Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 3. ed. São Paulo: 2004.

⁷⁵ BARBOSA, Henrique Cunha. Responsabilidade de administradores e controladores: o “Caso Sadia” numa incursão “guerreiriana” para além do dever de diligência e da ação social. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (org.). **Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 413-455. p. 418-419.

⁷⁶ PAS CVM n. 18/08, Relator Diretor Alexsandro Broedel Lopes, julgado em 14 dez. 2010.

também foi responsabilizado, por ter conduzido as operações em descompasso com a política financeira. Em resumo, o Diretor Relator pontua: “Entendo, assim, que sistemas de monitoração e controle de riscos inoperantes ou ineficazes constituem violação ao dever de diligência, mais especificamente ao componente do dever de vigiar”.⁷⁷

O Processo Administrativo Sancionador CVM n. 24/2006, julgado em 18/02/2013, reforça o entendimento de que o exercício do dever de vigilância dos administradores passa pela implementação de controles internos adequados.⁷⁸ Na hipótese, o diretor superintendente da Telemig Celular S. A. (Telemig) era acusado de ter descumprido o dever de diligência, em razão de indícios de pagamentos irregulares a agências de publicidade. Embora o acusado tenha sido absolvido, o Diretor Relator Otavio Yazbek, no voto condutor, indica que o dever de instituir sistemas de controle adequados também se estende aos diretores. Além disso, reafirma a distinção entre as decisões de caráter negocial e as decisões de caráter fiscalizatório sobre controles internos. A estas últimas não se aplicaria a *business judgment rule*. Seria preciso, ao contrário, “verificar se a ‘procedimentalização’ dos controles internos é razoável e adequada”.⁷⁹

2 O CASO BRUMADINHO

Em 25/01/2018, às 12:28, a Barragem B1 da Mina Córrego do Feijão, situada em Brumadinho (MG) e operada pela Vale S.A. (Vale), rompeu-se, provocando 270 mortes e incalculáveis danos ambientais. O desastre sobreveio menos de três anos depois do rompimento da Barragem do Fundão em Mariana (MG), operada pela Samarco Mineração S.A. (Samarco), uma joint venture da Vale e da *BHP Billiton Limited & Plc*.

A tragédia em Mariana havia suscitado importantes mudanças regulatórias e legislativas. Em maio de 2016, o Governo de Minas Gerais emitiu o Decreto Estadual n. 46.993, que instituiu a Auditoria Técnica Extraordinária de Segurança de Barragem, cujas diretrizes foram detalhadas na Resolução Conjunta SEMAD/FEAM n. 2.372, publicada no mesmo mês. Além disso, em maio de 2017, o Departamento Nacional de Produção Mineral, atualmente denominado Agência Nacional de Mineração, emitiu a Portaria 70.389/2017, que, entre outras medidas, criou o Cadastro Nacional de Barragens de Mineração e o Sistema Integrado de Gestão em Segurança de Barragens de Mineração, bem como aumentou a

⁷⁷ Voto do Diretor Relator Alessandro Broedel Lopes no PAS CVM n. 18/08, julgado em 14 dez. 2010, § 39.

⁷⁸ PAS CVM n. 24/2006, Relator Diretor Otavio Yazbek, julgado em 18 fev. 2013.

⁷⁹ Voto do Diretor Relator Otavio Yazbek no PAS CVM n. 24/2006, julgado em 18 fev. 2013, § 24.

frequência da Revisão Periódica de Barragem e dos Relatórios de Inspeção de Segurança Regular de Barragem.

A exemplo do que havia ocorrido após o desastre em Mariana, o rompimento da Barragem B1 foi seguido por uma série de tentativas de responsabilização da Vale, de seus administradores e de outras pessoas e empresas envolvidas, seja nas esferas cível⁸⁰, trabalhista⁸¹, administrativa^{82/83} ou criminal.⁸⁴ Uma das iniciativas de responsabilização foi o Processo Administrativo Sancionador CVM n. 19957.007916/2019-38⁸⁵, instaurado pela Superintendência de Processos Sancionadores, da CVM, em face de Fabio Schvartsman, Diretor Presidente da Vale à época do desastre, e Gerd Peter Poppinga, Diretor Executivo de Ferrosos e Carvão. O inquérito administrativo tinha por objetivo apurar a responsabilidade dos referidos executivos pelo descumprimento do dever de diligência, em infração ao artigo 153 da Lei n. 6.404/1976.

2.1 Voto do Diretor Relator Daniel Maeda

O Diretor Relator Daniel Maeda inicia o seu voto com aspectos introdutórios sobre o dever de diligência. Refletindo o entendimento consolidado da CVM, nota que esse dever consiste em uma obrigação de meios, não se confundindo, assim, com uma obrigação de obter resultados positivos. Adicionalmente, além dos quatro subdeveres analisados acima, o Diretor Relator elenca três parâmetros para a verificação da diligência: (i) a competência legal ou

⁸⁰ GIRUNDI, Danilo; FREITAS, Raquel; CASTRO, Cristina Moreno de. Vale assina acordo de R\$ 37,68 bilhões para reparar tragédia de Brumadinho, **G1**, 04 fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2021/02/04/vale-assina-acordo-bilionario-de-r-3768-bilhoes-para-reparar-danos-causados-em-brumadinho.ghtml>. Acesso em: 23 fev. 2025.

⁸¹ Brumadinho: MPT e Vale assinam acordo para indenizar familiares de funcionários mortos na tragédia, **G1**, 15 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/07/15/brumadinho-mpt-e-vale-assinam-acordo-para-indenizar-familiares-de-funcionarios-mortos-na-tragedia.ghtml>. Acesso em: 25 fev. 2025.

⁸² SADI, Andreia. Ibama multa Vale em R\$ 250 milhões pela tragédia de Brumadinho, **G1**, 26 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/andreia-sadi/post/2019/01/26/ibama-vai-multar-vale-em-r-250-milhoes-pela-tragedia-de-brumadinho-diz-ministro.ghtml>. Acesso em: 23 fev. 2025.

⁸³ Vale é processada nos EUA por informações sobre barragens antes do desastre de Brumadinho, **Valor Econômico**, 28 abr. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/04/28/vale-e-processada-nos-eua-por-informacoes-sobre-barragens-antes-do-desastre-de-brumadinho.ghtml>. Acesso em: 23 fev. 2025.

⁸⁴ ZUBA, Fernando; MILAGRES, Leonardo. Brumadinho: Vale, Tüv Süd e 16 pessoas se tornam réis pelo desastre que deixou 270 mortos, **G1**, 24 jan. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2023/01/24/brumadinho-duas-empresas-e-16-pessoas-se-tornam-res-pelo-desastre-que-deixou-270-mortos.ghtml>. Acesso em: 23 fev. 2025.

⁸⁵ PAS CVM n. 19957.007916/2019-38, Relator Diretor Daniel Maeda, julgado em 19 dez. 2024.

estatutária do administrador; (ii) o grau de tecnicidade da matéria analisada; e a (iii) existência de sinais de alerta quando da tomada de decisão.

Quanto à responsabilidade de Gerd Peter Poppinga, o Diretor Relator cuida de explicar detalhadamente o escopo de suas competências na Vale. A esse respeito, observa que Gerd Peter Poppinga assumiu, em 2014, o cargo de Diretor Executivo de Ferrosos e Carvão da Vale, responsável, entre outras incumbências, pela produção de minério de ferro e pela gestão de risco geotécnico. A essa Diretoria Executiva subordinam-se duas Diretorias Operacionais, às quais estavam afetadas gerências operacionais diretamente encarregadas da gestão de segurança e da gestão de risco de barragens, incluindo a B1. Quanto à natureza da função exercida pela Diretores Executivos da Vale, remete-se ao Estatuto Social da companhia, cujo artigo 28 lhes atribuiria a competência não só de gerir, como também de executar, relatar, cumprir e fazer cumprir as atividades relativas à sua Diretoria Executiva. Com base nisso, o Diretor Relator afasta a alegação de que a posição de Gerd Peter Poppinga seria meramente de gestão e coordenação geral. Ao contrário, ele teria a atribuição de participar do cumprimento e execução das atividades relativas à segurança de barragens.

É à luz da função exercida por Poppinga que o Diretor Relator passa para a análise do cumprimento do dever de diligência. Indica que, em que pese a tecnicidade da matéria, competia a Gerd Peter Poppinga, enquanto administrador, qualificar-se para o exercício da função. Para tanto, seria necessário manter-se informado junto a subordinados e especialistas sobre os temas de sua competência, questionar as informações que lhe são passadas e investigar os assuntos de maior relevância. O voto refere, ademais, que tal postura cética poderia ser complementada pela instalação de mecanismos e estruturas de governança corporativa. Nesse sentido, a questão que se põe, no entendimento do Diretor Relator, é o que o Acusado teria feito para suprir a sua falta de conhecimento.

A esse respeito, reconhece-se no voto que, após o desastre de Mariana, a Vale adotou medidas significativas para aprimorar a gestão de risco relativo às barragens. Porém, tais ações não seriam suficientes para demonstrar a diligência de Gerd Peter Poppinga. De fato, “[seria] necessário demonstrar que as iniciativas surtiram os efeitos pretendidos ou, dito em outras palavras, que não foram meramente uma resposta a exigências internas ou externas que apenas agregassem burocracia corporativa, sem trazer resultado prático”. A conclusão do Diretor Relator é que, nesses termos, Gerd Peter Poppinga descumpriu seu dever de diligência.

Entre outros exemplos que demonstrariam a falta de uma atitude proativa por parte de Gerd Peter Poppinga na obtenção de informações sobre a Barragem B1, o Diretor Relator

cita o Painel Independente de Especialistas (PIESEM). Essa estrutura, implementada no âmbito da Diretoria de Ferrosos e Carvão da Vale, organizava encontros, em versões nacionais e internacionais, que reuniam especialistas na área de geotecnia. Em tais eventos, os funcionários da Vale recebiam relatórios finais contendo recomendações sobre a segurança de barragens. Ocorre que Gerd Peter Poppinga não teria participado dos encontros do PIESEM Internacional, nem solicitado os relatórios finais. Tais documentos conteriam, entretanto, informações relevantes sobre a segurança da Barragem B1, notadamente quanto ao Fator de Segurança atribuído à Barragem B1.

No entendimento do Diretor Relator, a atitude de Gerd Peter Poppinga perante o PIESEM, somada a outros episódios, ilustraria uma falta geral de zelo, prudência e cuidado em relação à segurança das barragens. De fato, indica-se que o tema deveria ser uma preocupação central da alta administração da Vale, ainda mais depois do acidente em Mariana, que revelou as insuficiências da linha de reporte da Samarco. O desastre anterior também deveria ter incutido um ceticismo maior em relação às certificações das barragens, demandando acompanhamento rigoroso da administração, já que a Barragem do Fundão também contava com uma DCE quando de seu rompimento. Nessa ordem de ideias, o Diretor-Relator afasta a invocação do *right to rely on others* por Gerd Peter Poppinga, em razão da existência de *red flags*.

Diante disso, o Diretor Relator concorda com a Acusação, no sentido de que Gerd Peter Poppinga, na qualidade de Diretor Executivo de Ferrosos e Carvão, não cumpriu suas obrigações estipuladas na Lei e no Estatuto Social da Vale.

Convém deter-se sobre a análise acerca da responsabilidade de Poppinga. Como já referido, o Diretor Relator Daniel Maeda pontua que “[é] necessário demonstrar que as iniciativas [implementadas após o desastre em Mariana] surtiram os efeitos pretendidos”. A partir desse apontamento é possível tecer ao menos duas observações, que ajudam a explicar por que o caso Brumadinho foi interpretado como uma ampliação do dever de diligência.

A primeira observação é que se trata de um cenário diferente do analisado nos casos *Sadia* e *Marchand v. Barnhill*. No primeiro, como visto, o Colegiado da CVM examinou o desenho organizacional dos sistemas de controle da Sadia e concluiu pela sua *inadequação* à política financeira da companhia. Já no caso norte-americano, a Suprema Corte de Delaware entendeu pela responsabilidade dos conselheiros de administração da Blue Bell em razão da *virtual ausência* de protocolos e controles internos relativos à segurança de alimentos. No caso Brumadinho, porém, reconhece-se expressamente que medidas relevantes foram tomadas

após o desastre em Mariana. A controvérsia reside no grau de envolvimento do diretor estatutário com os mecanismos de gestão de risco implementados.

Ora, se o caso Caremark consagrou a percepção de que não basta ao administrador aguardar que as informações lhe cheguem, devendo implementar de forma proativa mecanismos de monitoramento de riscos, o caso Brumadinho dá um passo adicional: ao administrador não cumprir somente implementar tais mecanismos, é preciso assegurar sua eficácia, o que exige, por vezes, um envolvimento pessoal.

Em conexão a esse ponto, extrai-se a segunda conclusão. Se os sistemas de controle não podem ser meramente decorativos, devendo trazer um “resultado prático”, parece estar posta em causa a natureza de obrigação de meios do dever de diligência. Ainda que a leitura global do voto não autorize a interpretação de que o “resultado prático” referido seja o impedimento de todo e qualquer desastre futuro, é válido indagar qual o grau de envolvimento da alta administração seria necessário para que se considere que os controles internos são efetivos, ainda mais em uma análise retrospectiva.

Em todo caso, passa-se a apurar as imputações contra Fabio Schvartsman, que ocupava a posição de Diretor Presidente da Vale quando do rompimento da Barragem B1. A responsabilidade de Fabio Schvartsman também foi analisada à luz da sua competência no âmbito da companhia. Seu cargo, ao contrário do dos Diretores Executivos, teria um caráter estratégico e de liderança. De fato, como indicado pelo artigo 27 do Estatuto Social da Vale, competia ao Diretor Presidente a função de direção executiva da Vale, coordenando e supervisionando as Diretorias Executivas. Desse modo, não se lhe exigiria o acompanhamento assíduo das atividades de gestão de risco e de segurança relativas às barragens, uma vez que essas eram atribuições específicas do Diretor Executivo de Ferrosos e Carvão.

Considerando que o dever de diligência deve ser avaliado à luz da função desempenhada, o Diretor Relator entendeu que Fabio Schvartsman tomou as providências adequadas dadas as informações de que dispunha. Mesmo com os relatórios positivos que lhe transmitia o conselho de administração, o Diretor Presidente teria adotado medidas adicionais, como a contratação de consultores externos, a ampliação do orçamento para segurança de barragens e o aprimoramento da estrutura de governança e do setor de geotecnia da Vale. Tendo em vista a natureza da função de Fabio Schvartsman, a ausência de *red flags* legitimaria a confiança em seus subordinados. Com base nisso, o Diretor Relator considerou que Fabio Schvartsman não violou seu dever de diligência, votando por sua absolvição.

2.2 Voto do Presidente João Pedro Nascimento

No seu voto, o Presidente João Pedro Nascimento acompanha integralmente o voto condutor. A parte inicial do voto é composta por apontamentos fáticos, notadamente sobre a estrutura corporativa da Vale e o acidente anterior em Mariana, bem como por considerações teóricas sobre os deveres dos administradores. A esse respeito, o Presidente reafirma o caráter de cláusula geral do dever de diligência, sua natureza de obrigação de meio e o seu desdobramento em subdeveres.

Passando ao caso concreto, o Presidente também trata a responsabilidade de cada um dos Acusados separadamente. Com relação a Gerd Peter Poppinga, indica que os administradores não podem se escudar na sua falta de conhecimento sobre a sua área, uma vez que têm o dever de se qualificar para o cargo. Nesse sentido, pontua que a alegação de incapacidade técnica põe em causa a própria indicação de Gerd Peter Poppinga para ocupar um cargo diretamente encarregado do gerenciamento de riscos e segurança de barragens, sobretudo após o acidente em Mariana. Além disso, também partilha do entendimento de que o Acusado foi omissos e, a despeito da centralidade do tema da segurança das barragens, não procurou se manter ativamente atualizado a respeito. Por fim, refere que a instalação de estruturas de governança corporativa não exime o administrador de fiscalizar as atividades da companhia e que o *right to rely on others* é afastado diante da presença de sinais de alerta. Assim, não tendo identificado evidências de que Gerd Peter Poppinga promoveu esforços razoáveis para realizar uma supervisão cuidadosa, o Presidente entendeu por sua condenação.

Quanto a Fabio Schvartsman, o Presidente conclui por sua absolvição, apresentando fundamentos complementares aos exarados no voto do Diretor Relator. Observa que, no âmbito dos processos administrativos sancionadores, é possível, em tese, a responsabilização de administradores por omissões, desde que caracterizada a violação de deveres estatutários ou legais. Porém, indica que “o Diretor-Presidente não assume a posição de garantidor universal da Companhia”. Nesse sentido, considerando que a falha de diligência no caso concreto teria se dado no nível operacional da Vale, não se poderia estender a responsabilidade a Fabio Schvartsman, cujo cargo, ao contrário do de Gerd Peter Poppinga, não implicaria um envolvimento direto no monitoramento dos riscos de segurança das barragens.

2.2 Voto do Diretor Otto Lobo

No seu voto, o Diretor Otto Lobo também acompanha integralmente as conclusões do voto do Diretor Relator, não obstante algumas divergências acerca dos fundamentos adotados. De início, afirma tratar-se de um caso único na jurisprudência da CVM. Isso porque o risco de rompimento de barragens não seria, como no caso Sadia, detectável somente através da leitura atenta de relatórios administrativos. Ao mesmo tempo, não se trataria de uma situação equiparável à das companhias aéreas, em que a contingência é intrínseca à atividade, a ponto de exonerar os administradores salvo na hipótese de assunção comissiva do risco.

Com relação ao caso concreto, o Diretor diverge do voto condutor quanto à existência de sinais de alerta para os diretores da Vale. No seu entendimento, nenhum dos Acusados teria recebido *red flags* sobre a Barragem B1, uma vez que as advertências e os incidentes envolvendo a estrutura teriam permanecido no nível das gerências ou chegado diluídos aos diretores operacionais.

A despeito dessa ressalva, o Diretor entende que o descumprimento do dever de diligência, por parte de Gerd Peter Poppinga, permanece configurado. Nesse sentido, destaca que a centralidade das barragens para as operações da Vale, o desastre anterior em Mariana e as próprias características da Barragem B1 justificariam um acompanhamento mais próximo pelo Diretor Executivo. Com efeito, apesar de o risco de rompimento de barragens ser grave e conhecido, Gerd Peter Poppinga tratá-lo-ia como se “permanecesse num horizonte muito distante”. O mesmo raciocínio não se aplicaria, porém, a Fabio Schvartsman, cuja posição de Diretor Presidente não exigiria um envolvimento direto nas atividades de cada Diretoria Executiva e pressuporia um grau de confiança maior nas informações que lhe eram transmitidas por seus subordinados.

Outro ponto abordado pelo Diretor é o nexo causal entre a efetivação do desastre e a conduta do administrador. A esse respeito, observa que, de acordo com laudo pericial da Polícia Federal que não estava disponível à época da Acusação, o rompimento da Barragem B1 resultou de um evento pontual ocorrido no dia do desastre, não tendo relação com os problemas de segurança pré-existentes. Entretanto, o motivo específico do rompimento não invalidaria, por si só, a imputação de que os Acusados descumpriram o dever de diligência perante o risco de rompimento de barragens. De fato, ao contrário da responsabilização na esfera civil, a responsabilidade de administradores na esfera administrativa não pressuporia a demonstração inequívoca do liame entre o dano alegado e a conduta do acusado. Não se

trataria, portanto, de determinar se Gerd Peter Poppinga poderia ter evitado o rompimento da barragem, mas sim verificar o zelo e cuidado que empregou no gerenciamento desse risco

O Diretor dedica a parte final de seu voto a demonstrar que as conclusões do presente Processo Administrativo Sancionador se coadunam com os precedentes da CVM, incluindo a natureza de obrigações de meios do dever de diligência, a necessidade de efetivamente acompanhar a implementação de decisões tomadas e fiscalizar a rotina operacional e os requisitos para a caracterização do *right to rely on others*.

2.4 Voto do Diretor João Accioly

No seu voto, o Diretor João Accioly acompanha o Diretor Relator quanto à absolvição de Fabio Schvartsman, mas diverge da condenação de Gerd Peter Poppinga. A esse respeito, refere que estudos posteriores à acusação indicam que o rompimento da Barragem B1 resultou de um acidente imprevisível, associado a defeitos numa sonda durante a perfuração do solo da estrutura. O método da perfuração teria sido decidido em nível operacional, sem o envolvimento da alta administração da Vale.

Embora reconheça que a inevitabilidade do acidente não ateste, por si só, o cumprimento do dever de diligência pelos Acusados, o Diretor sustenta que a causa efetiva do rompimento da Barragem B1 deve ser levada em consideração. Do contrário, poder-se-ia interpretar alguns dos fatos descritos como causas do desastre e, portanto, sinais de alerta, indicativos de falhas nos sistemas de reporte e controle de riscos da Vale. Na realidade, sabendo-se a causa real do acidente, a decisão de não comunicar tais fatos à alta administração da Vale poderia mostrar-se razoável, uma vez que tais eventos faziam parte do dia a dia operacional, sem a gravidade que pareciam ter à primeira vista. Com efeito, no entendimento do Diretor, uma “versão incompleta” do viés da retrospectiva estaria presente nos autos.

Feitas essas considerações, o Diretor passa a examinar a conduta de Gerd Peter Poppinga. Uma das falhas que lhe são imputadas seria a de não ter atentado para o Fator de Segurança da Barragem B1, que estava abaixo do nível recomendado. Contudo, à época, nove barragens ainda nem contariam com a DCE. Desse modo, em termos de alocação de recursos escassos, seria razoável que o Diretor Executivo de Ferrosos e Carvão dedicasse mais atenção às barragens que ainda careciam de certificação. Não deveria a CVM, portanto, substituir-se às decisões negociais de Gerd Peter Poppinga, ainda mais quando se considera que as medidas adotadas foram indiferentes à ocorrência do desastre. Por outro lado, sob a análise

procedimental, notar-se-ia que o Acusado implementou uma série de medidas destinadas a reduzir o risco de rompimento de barragens, como a contratação uma auditoria externa extraordinária para as barragens, a inclusão do tema de segurança nas reuniões semanais e a criação do PIESEM.

Assim, observa-se que, embora divirjam quanto à responsabilidade dos Acusados, os Diretores João Accioly e Otto Lobo coincidem em um ponto fulcral. Ainda que o Diretor Relator tenha argumentado que o direito de se fiar em terceiros tenha sido afastado pela presença de sinais de alerta, a comprovação pericial de que o rompimento da Barragem B1 resultou de um incidente pontual ocorrido no dia do desastre põe em causa a existência mesma dessas *red flags*.

CONCLUSÃO

Demonstrou-se que o dever de diligência é um dos eixos da atuação dos administradores. Seu caráter aberto torna-o apto a acompanhar as evoluções sociais, as características de cada companhia e a variedade de circunstâncias da prática empresarial. Sob o influxo da doutrina, da *soft law* e da jurisprudência judicial e administrativa, brasileira e internacional, foi-se, porém, construindo gradualmente o significado desse dever. Atualmente, a diligência é indissociável das práticas de *compliance* e governança corporativa, reconhecendo-se o dever dos administradores de não só reagir às informações que lhes chegam, como também de implementar linhas de reporte e sistemas de controle efetivos. Apesar dessas transformações, o dever de diligência conta com determinadas balizas, como a sua natureza de obrigação de meios; o direito de se fiar em terceiros; a análise procedimental, desprovida, na medida do possível, do viés retrospectivo; a proteção de decisões negociais desinteressadas, refletidas e informadas.

Também foram indicadas as razões pelas quais o PAS CVM n. 19957.007916/2019-38, instaurado em resposta ao calamitoso rompimento da Barragem B1 em Brumadinho, colocou novos desafios sobre a caracterização e os limites do dever de diligência. Notadamente, se o caso Caremark introduziu a noção de que o dever de diligência passa pela implementação de sistemas de controle adequados, o caso Brumadinho sugere que esse dever também pressupõe que o administrador assegure a eficácia de tais mecanismos, inclusive por meio de seu envolvimento pessoal.

Em atenção ao objetivo proposto na introdução, conclui-se que o caso Brumadinho representa uma ampliação do conteúdo do dever de diligência, na medida em que reconhece

uma responsabilidade maior aos administradores pelo funcionamento dos mecanismos de *compliance* e governança corporativa. Essa ampliação, porém, não constitui uma ruptura. Com efeito, os votos proferidos no caso Brumadinho interagem com conceitos sedimentados na doutrina e na jurisprudência da CVM — o *right to rely on others*, a caracterização e os efeitos dos sinais de alerta, a interligação do dever de vigilância com os controles internos — para fazer frente a novas circunstâncias apresentadas pela realidade social e corporativa. É que a própria natureza do dever de diligência pressupõe um conceito em constante evolução.

Olhando adiante, o desafio que se coloca, para fins de concreção desse dever, é equilibrar a responsabilização de administradores diante dos investidores e a necessidade de um regime jurídico que não desestime a atuação de profissionais qualificados, especialmente em setores de alto risco.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira von. Dever de diligência. *In*: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (org.). **Lei das Sociedades Anônimas Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 766-784.

BAINBRIDGE, Stephen. Caremark and Enterprise Risk Management. **Journal of Corporation Law**, v. 34, n. 4, p. 967-990, 2004.

BARBOSA, Henrique Cunha. Responsabilidade de administradores e controladores: o “Caso Sadia” numa incursão “guerreiriana” para além do dever de diligência e da ação social. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfredo Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (org.). **Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 413-455.

BARBOSA, Henrique Cunha. Not so soft: Novos paradigmas regulatórios e algumas notas sobre governança, *compliance* e business judgment rule. *In*: ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, Andre Grunspun (org.). **Governança corporativa: Avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 403-431.

BARBOSA, Marcelo. Dever de diligência: forma e conteúdo. *In*: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; AZEVEDO, Luis Andre; HENRIQUES, Marcus de Freitas (org.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas: Homenagem a Nelson Eizirik – Volume II**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 51-64.

BRANSON, Douglas. The Rule that isn’t a Rule – The Business Judgment Rule. **Valparaiso University Law Review**, Valparaíso, v. 36, n. 3, p. 631-654, 2002.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários, **PAS CVM n. RJ2005/1443**, Relator Diretor Pedro Oliva Marcilio de Sousa, julgado em 10 mai. 2006.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários, **PAS CVM n. RJ2005/0097**, Relatora Diretora Maria Helena de Santana, julgado em 15 mar. 2007.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários, **PAS CVM n. 08/05**, Relator Diretor Eli Loria, julgado em 12 dez. 2007.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários, **PAS CVM n. 25/03**, Relator Diretor Eli Loria, julgado em 25 mar. 2008.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários, **PAS CVM n. 18/08**, Relator Diretor Alexsandro Broedel Lopes, julgado em 14 dez. 2010.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários, **PAS CVM n. RJ2008/9574**, Relatora Diretora Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes, julgado em 27 nov. 2012.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários, **PAS CVM n. 24/2006**, Relator Diretor Otavio Yazbek, julgado em 18 fev. 2013.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários, **PAS CVM n. RJ2014/8013**, Relator Diretor Gustavo Machado Gonzalez, julgado em 28 ago. 2018.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários, **PAS CVM n. RJ2014/6517**, Relator Diretor Henrique Balduino Machado Moreira, julgado em 25 jun. 2019.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários, **PAS CVM n. 2016/7190**, Relator Diretor Gustavo Machado Gonzales, julgado em 09 jul. 2019.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários, **PAS CVM n. 19957.008642/2019 02**, Relatora Diretora Flávia Perlingeiro, julgado em 25 jul. 2023.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários, **PAS CVM n. 19957.007916/2019-38**, Relator Diretor Daniel Maeda, julgado em 19 dez. 2024.

Brumadinho: MPT e Vale assinam acordo para indenizar familiares de funcionários mortos na tragédia. **G1**, 15 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/07/15/brumadinho-mpt-e-vale-assinam-acordo-para-indenizar-familiares-de-funcionarios-mortos-na-tragedia.ghtml>. Acesso em: 25 fev. 2025.

CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. Dever de diligência. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (org.). **Direito das companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 799-808.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 56, n. 386, p. 26-35, dez. 1967.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**: Volume III. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FRANCO, Julia Damazio; GAMA, Frederico Calmon Nogueira da. Controles internos, dever de diligência, e a regra da decisão negocial (*business judgment rule*). In: CANTIDIANO, Maria Lucia; MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Isabel (org.). **Sociedades anônimas, mercado de capitais e outros estudos**: Homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano – Volume I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 635-656.

FRAZÃO, Ana. Dever de diligência de administradores de companhias. **Jota**, 27 nov. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dever-de-diligencia-de-administradores-de-companhias>. Acesso em: 23 fev. 2025.

GIRUNDI, Danilo; FREITAS, Raquel; CASTRO, Cristina Moreno de. Vale assina acordo de R\$ 37,68 bilhões para reparar tragédia de Brumadinho. **G1**, 4 fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2021/02/04/vale-assina-acordo-bilionario-de-r-3768-bilhoes-para-reparar-danos-causados-em-brumadinho.ghtml>. Acesso em: 23 fev. 2025.

IBGC. **Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 3. ed. São Paulo: 2004.

LORIA, Eli; KALANSKY, Daniel. Reliance defense no mercado de capitais brasileiro. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; AZEVEDO, Luis Andre; HENRIQUES, Marcus de Freitas (org.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas**: Homenagem a Nelson Eizirik – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 493-518.

MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais: um ensaio de qualificação. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (org.). **Direito**: teoria e experiência – Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau, Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 993-1021.

MARTINS-COSTA, Judith. A obrigação de diligência: sua configuração na obrigação de prestar melhores esforços e efeitos do seu inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (org.). **Inexecução das obrigações**: pressupostos, evolução e remédios – Volume I. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 133-173.

PARENTE, Flávia. **O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 104, n. 953, p. 51-74, mar. 2015.

RIBEIRO, Renato Ventura. **Dever de diligência dos administradores de sociedades**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SADI, Andreia. Ibama multa Vale em R\$ 250 milhões pela tragédia de Brumadinho. **G1**, 26 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/andreia-sadi/post/2019/01/26/ibama-vai-multar-vale-em-r-250-milhoes-pela-tragedia-de-brumadinho-diz-ministro.ghtml>. Acesso em: 23 fev. 2025.

SOLEDADE, Durval. Julgamento do caso Brumadinho na CVM. **Valor Econômico**, 31 out. 2024. Disponível em:

<https://valor.globo.com/legislacao/coluna/julgamento-do-caso-brumadinho-na-cvm.ghtml>. Acesso em: 23 fev. 2025.

Vale é processada nos EUA por informações sobre barragens antes do desastre de Brumadinho. **Valor Econômico**, 28 abr. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/04/28/vale-e-processada-nos-eua-por-informacoes-sobre-barragens-antes-do-desastre-de-brumadinho.ghtml>. Acesso em: 23 fev. 2025.

VIEIRA, Paulo; HERMETO, Lucas. Um mapa para responsabilização de administradores de sociedades em casos de falha no monitoramento de riscos: A doutrina do “red flag” e o papel dos sistemas de controle. In: CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; AZEVEDO, Luis Andre; HENRIQUES, Marcus de Freitas (org.). **Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas**: Homenagem a Nelson Eizirik – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 207-223.

YAZBEK, Otavio. Representações do dever de diligência na doutrina jurídica brasileira: um exercício e alguns desafios. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (org.). **Temas essenciais de direito empresarial**: Estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 940-961.

ZANINI, Carlos Klein. A doutrina dos “fiduciary duties” no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 306, n. 109, p. 137-149, jan./mar. 1998.

ZUBA, Fernando; MILAGRES, Leonardo. Brumadinho: Vale, Tüv Süd e 16 pessoas se tornam rés pelo desastre que deixou 270 mortos. **G1**, 24 jan. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2023/01/24/brumadinho-duas-empresas-e-16-pessoas-se-tornam-res-pelo-desastre-que-deixou-270-mortes.ghtml>. Acesso em: 23 fev. 2025.

EDITAL DE SUBMISSÃO DE ARTIGOS EM FLUXO CONTÍNUO

Equipe Editorial da Revista Res Severa Verum Gaudium

O EDITOR-CHEFE DA REVISTA RES SEVERA VERUM GAUDIUM, no uso das atribuições que lhe são acometidas pelos arts. 6º e 15 do Regimento Interno da Revista Res Severa Verum Gaudium, vem, por meio do presente edital, publicizar, especificar e atualizar as normas atinentes ao processo de seleção de artigos para o periódico, nos seguintes termos:

PARTE GERAL

Art. 1º A Revista Res Severa Verum Gaudium, doravante Revista, é uma publicação de caráter científico, voltada à difusão do conhecimento produzido em Direito e áreas afins, sobretudo daquele da lavra de estudantes de graduação, graduados, estudantes de pós-graduação *lato sensu* e estudantes de mestrado.

Art. 2º A Revista receberá submissão de artigos para avaliação e publicação em fluxo contínuo. A publicação dos artigos aceitos no primeiro semestre de cada ano dar-se-á, preferencialmente, no primeiro número do volume correspondente ao ano vigente, previsto para o mês de junho, enquanto a publicação dos artigos aceitos no segundo semestre de cada ano dar-se-á, preferencialmente, no segundo número do volume correspondente ao ano vigente, previsto para o mês de dezembro.

Art. 3º Serão avaliados e publicados artigos com número de autores em até 4 (quatro), podendo serem abertas exceções, desde que mediante contato prévio com a Equipe Editorial.

Art. 4º Em conformidade com sua Política Editorial, a Revista não exigirá titulação mínima para submissão e publicação.

Art. 5º Somente serão publicados artigos inéditos e redigidos em língua portuguesa, língua inglesa ou língua espanhola.

Art. 6º O único meio aceito para submissão será *online*, via página de Internet oficial da Revista: seer.ufrgs.br/resseveraverumgaudium. O autor realizará cadastro prévio na plataforma, informando uma breve biografia; exigir-se-á nessa sede a aceitação das condições deste edital e autorização da publicação do artigo enviado tanto em meio físico quanto eletrônico.

Art. 7º A decisão pela aceitação do artigo dependerá de duas fases:

I - avaliação pela Equipe Editorial, em matéria formal, a teor da Parte Especial;

II - avaliação pelos pareceristas *ad hoc*, em matéria formal, a teor da Parte Especial, e em matéria substancial.

Art. 8º A avaliação pelos pareceristas *ad hoc* dar-se-á em conformidade com o método *double-blind peer review* (avaliação por pares duplo-cega), pautado pela não identificação entre autores e avaliadores.

Art. 9º Ao autor facultar-se-á recurso à Equipe Editorial, em prazo de 10 (dez) dias a contar do recebimento do resultado, na hipótese de não concordância com a avaliação recebida.

Art. 10. A aceitação do artigo não acarretará sua imediata publicação, cabendo à Equipe Editorial informar ao autor da decisão de publicação ou da oportunidade de publicação em número posterior, sem necessidade de nova avaliação.

PARTE ESPECIAL

Art. 11. O documento a ser submetido, correspondente à íntegra do artigo, apresentar-se-á de acordo com o *template* disponibilizado na aba “Submissões” da página de Internet oficial da Revista, no formato *.doc ou *.docx, e não conterá qualquer identificação de autoria, seja no corpo do texto, seja nas informações do arquivo.

Art. 12. O artigo conterà:

I - título no idioma original;

II - título em língua inglesa ou, se o idioma original não for a língua portuguesa, em língua portuguesa;

III - resumo no idioma original;

IV - resumo em língua inglesa ou, se o idioma original não for a língua portuguesa, em língua portuguesa;

V - sumário;

VI - introdução;

VII - desenvolvimento;

VIII - considerações finais ou conclusão;

IX - referências.

§ 1º O resumo terá um mínimo de 100 (cem) palavras e um máximo de 300 (trezentas) palavras.

§ 2º As palavras-chave serão em número de 3 (três) a 5 (cinco) e separar-se-ão por travessão (“—”).

§ 3º O sumário será numerado e exibirá as seções do artigo, separada cada seção por ponto final (“.”).

§ 4º Os títulos das seções de primeiro nível, no corpo do texto, redigir-se-ão em negrito e em caixa alta, precedidos de numeração, a não ser pela introdução, pelas considerações finais ou pela conclusão e pelas referências, as quais não serão numeradas; os títulos das seções de segundo nível, se houver, em negrito e sem caixa alta, também precedidos de numeração; os títulos das seções de terceiro nível, se houver, sem negrito e sem caixa alta, também precedidos de numeração; e os títulos das seções de quarto nível, se houver, em itálico, também precedidos de numeração.

§ 5º Aceitar-se-ão referências tanto em sistema autor-data quanto em sistema numérico.

Art. 13. O artigo terá um mínimo de 10 (dez) páginas, não considerada a seção de “Referências”, e um máximo de 30 (trinta) páginas, considerada a seção de “Referências”.

Art. 14. A formatação do documento terá por base:

I - fonte Times New Roman, tamanho 12 para corpo do texto, tamanho 14 para título no idioma original e tamanho 10 para notas de rodapé, resumo, palavras-chave e sumário;

II - texto justificado;

III - espaçamento entre linhas de 1.5;

IV - sem espaçamento entre parágrafos;

V - margens esquerda e superior de 3 cm e margens direita e inferior de 2 cm;

VI - início de parágrafo de 1,5 cm;

VII - citações inferiores a três linhas entre aspas e sem recuo;

VIII - citações superiores a três linhas em tamanho 10, espaçamento simples, recuo com deslocamento de 4 cm e espaço de uma linha anterior e espaço de uma linha posterior.

Parágrafo único. Utilizar-se-á itálico para todo texto em idioma que não o original.

Art. 15. Subsidiariamente, recorrer-se-á, para a regência da formatação do documento, às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), ao Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e aos artigos publicados no mais recente número da Revista.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 16. O descumprimento de qualquer das disposições deste edital importará imediata desqualificação do artigo, implicando necessidade de nova submissão.

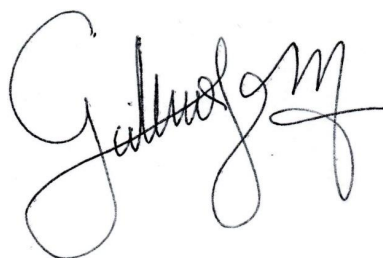
Art. 17. O disposto neste edital não prejudicará os artigos, à data da publicação, já em tramitação no sistema interno da Revista.

Art. 18. Casos omissos neste edital serão resolvidos pelo Editor-Chefe, com oitiva da Equipe Editorial, consoante art. 23 do Regimento Interno da Revista Res Severa Verum Gaudium.

Art. 19. A alteração das disposições deste edital dar-se-á por deliberação do Editor-Chefe, com oitiva da Equipe Editorial.

Publicação: 17 de maio de 2025

Reprodução: 27 de agosto de 2025

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Guilherme Leão Melo', with a stylized, cursive script.

Guilherme Leão Melo

Editor-Chefe

Revista Res Severa Verum Gaudium

“Nada substitui o trabalho do pensamento, e o trabalho do pensamento exige, para ser regado e cultivado, o ato da leitura e o ato da escrita. Se vocês têm uma revista que se propõe a isso, então a vida é boa, tudo fica bem.”

Judith Hofmeister Martins-Costa

“Dez volumes, cada qual composto de dois números, compreendem um monumento vultoso para um período científico gerido e conduzido exclusivamente por estudantes de graduação, demonstrando a consolidação deste projeto e a força e vivacidade do bom protagonismo estudantil.”

Guilherme Leão Melo, Editor-Chefe

APOIADORES

JUDITH MARTINS-COSTA
ADVOGADOS

MBZ

MATTER, BOETTCHER
ZANINI & SOUZA
ADVOGADOS


GERSON BRANCO
ADVOGADOS

Pons &
Coletto
—ADVOGADOS

RS
G
