

RDUGR

v. 14 N. 2



ISSN 1984-7920

Rio de Janeiro

2024

A **Revista Acadêmica de Direito da Unigranrio**, com 16 anos de trajetória, celebra um marco especial ao lançar esta nova edição, reafirmando seu papel como instrumento de disseminação do saber jurídico e acompanhando o curso de Direito da Unigranrio, que desenvolveu completa 30 anos de história a **14ª Edição, em seu volume 2**, encerra o ano de 2024 com o compromisso renovado de promover a excelência acadêmica e fomentar o debate jurídico de alta relevância.

O principal objetivo da revista é consolidar-se como um espaço plural, inclusivo e dinâmico de reflexão e intercâmbio acadêmico, permitindo o diálogo entre diferentes perspectivas e contribuições científicas. Nesta edição destacam-se artigos do corpo docente do curso de Direito da Unigranrio trabalhos de estudantes provenientes de projetos de Iniciação Científica e de Trabalhos de Conclusão de Curso que obtiveram as mais altas avaliações além de contribuições de pesquisadores(as) externos(as), nossos estudos enriquecem nossa comunidade acadêmica e ampliam as discussões no campo do Direito

Com isso, a revista busca não apenas retratar a diversidade de opiniões e temas que permeiam o Direito contemporâneo, mas também consolidar-se como uma fonte de conhecimento relevante tanto para a comunidade acadêmica quanto para os profissionais do Direito.

A **Revista Acadêmica de Direito da Unigranrio** apresenta uma estrutura editorial técnica, cuidadosamente planejada para promover a pluralidade de vozes e a qualidade acadêmica. Cada edição é composta por **oito artigos**, organizados da seguinte forma:

- **Três artigos de professores do Curso de Direito da Unigranrio**, trazendo contribuições acadêmicas baseadas em suas áreas de expertise;
- **Três artigos de pesquisadores externos**, ampliando o alcance da revista e fomentando o intercâmbio de ideias com outras instituições e estudiosos;
- **Três artigos de alunos da Unigranrio**, selecionados a partir de projetos de Iniciação Científica e Trabalhos de Conclusão de Curso que obtiveram as melhores avaliações, incentivando a produção científica discente e destacando a excelência acadêmica de nossos estudantes.

Essa divisão reflete o compromisso da revista com a diversidade de perspectivas e a inclusão de diferentes atores na construção do conhecimento jurídico, consolidando-a como uma publicação robusta e relevante no cenário acadêmico.

Esperamos que esta edição inspire nossos leitores, contribuindo para a formação de ideias inovadoras, a ampliação do pensamento crítico e o fortalecimento do diálogo acadêmico. É com orgulho e entusiasmo que apresentamos esta publicação, certos de que ela continuará sendo um instrumento valioso para o desenvolvimento do saber jurídico.

Sendo assim, nesta edição, nosso desejo é que os leitores aqui encontrem não apenas uma fonte de informação, mas um catalisador de ideias, inspiração para suas investigações acadêmicas e fôlego para criarem e inovarem em suas pesquisas, tendo como exemplo os temas aduzidos.

Assim, com grande alegria é que apresentamos mais um número de nosso periódico. O artigo inaugural desta edição, traz o trabalho realizado pela Profa. Dra. Camila Rabelo de Matos Silva Arruda e o Dr. Diogo Oliveira Muniz Caldas apresentam o artigo “OS IMPACTOS DA DECISÃO DO STF AOS PACIENTES USUÁRIOS DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA”, que tem como objetivo principal verificar se as políticas públicas de saúde estão cumprindo com esse direito fundamental. Para alcançar esse objetivo, os objetivos específicos incluem: analisar o direito à vida na Constituição de 1988, examinar as diferentes dimensões do direito à saúde e seus impactos sociais, descrever os principais problemas enfrentados pelo Estado na efetivação desse direito, e analisar o Sistema Único de Saúde (SUS) e a divisão de responsabilidades entre os entes federativos. A pesquisa também examina uma decisão relevante do STF sobre o fornecimento de medicamentos.

Em sequência, tem-se o estudo realizado pelo Profa. Me. Maria Célia Ferraz Roberto da Silveira, com o título “INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 183 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO”, tem como tema a interpretação do artigo 183 do Código Penal brasileiro a partir de uma perspectiva de gênero. A pesquisa se propõe a demonstrar que os crimes patrimoniais praticados em contexto de violência doméstica contra a mulher pressupõem o emprego de violência à pessoa. Ademais, busca demonstrar a necessidade de dar uma nova interpretação ao artigo 183 do Código Penal à luz do protocolo para julgamento com perspectiva de gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Logo após, o trabalho realizado pela Profa. Me. Ana Paula Lopes Ribeiro e o aluno Marcos Caio Matias Sales de Souza e Silva, sob o título “LEI DE DROGAS:

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS CRITÉRIOS SUBJETIVOS UTILIZADOS PARA DIFERENCIAR O USUÁRIO X TRAFICANTE E OS IMPACTOS CAUSADOS EM NOSSA SOCIEDADE”, que aborda a respeito de uma análise crítica sobre os critérios sub(objetivos) utilizados para diferenciar o usuário x traficante, e os impactos causados em sociedade para os cidadãos na lei n.º 11.343/06 (Lei de Drogas).

O Catedrático de Direito Romano da Universidade de Vigo, Dr. Guillermo Suárez Blázquez apresenta o artigo “LA NATURALEZA JURÍDICA HÍBRIDA POLIVALENTE DE LA FAMILIA ROMANA “ relata que a família romana arcaica é uma instituição de caráter jurídico híbrido. Por um lado, parece evidente que, inicialmente, se constituiu como uma instituição jurídica privada, uma vez que era constituída por um grupo de pessoas que estavam sujeitos à autoridade parental absoluta de um pater famílias. onde, a família era uma instituição social que nasceu com uma evidente projeção jurídica pública.

O Dr. Christiano Frago e a Dra. Patrícia Mothé Glioche Béze, publicaram o artigo intitulado “PERSPECTIVAS DO DIREITO PENAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, que investiga as possíveis perspectivas da legislação penal e da dogmática do direito penal em nosso país, partindo de critérios jurídicos postos pelo penalista alemão Joachim Vogel (que trabalha com cinco linhas de desenvolvimento do direito penal), e as relaciona com a jurisprudência criminal do Supremo Tribunal Federal.

O Me. Bruno Perez França, apresenta o artigo “A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD. UMA ANÁLISE DO INSTITUTO NA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS” retrata que o instituto da Responsabilidade Civil configura-se como eficiente mecanismo para garantir o dever de reparação de danos injustamente causados, porém sua aplicação no contexto da Lei no 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD apresenta controvérsias doutrinárias quanto a classificação da sua natureza quanto a culpa, se de natureza objetiva ou subjetiva, aplicado à norma legislativa que responsabiliza o agente de tratamento em caso de vazamento ou tratamento inadequado de dados.

Os nossos alunos, elaboram brilhantes trabalhos de conclusão de curso, que se destacaram diante a temática, entre eles, tem-se o trabalho do Aluno George Luiz Pereira do Carmo Junior, com o artigo “FILHOS PÓSTUMOS E OS IMPACTOS NO DIREITO SUCESSÓRIO DIANTE DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E

JURISPRUDENCIAIS” aborda a temática da sucessão em casos de inseminação artificial post mortem e seus aspectos legais, implicações da falta de regulamentação e possíveis institutos já existentes no mundo jurídico que podem fazer frente a soluções de conflitos.

Em sequência, João Vitor Fontes Pereira sob o tema “LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR TEMPLOS DE QUALQUER CULTO: O PAPEL DO INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRIBUTÁRIA DO MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS”, que exhibe a limitação ao poder de tributar é a verdadeira forma de conter o poder estatal na esfera tributária, de modo que a parte mais frágil seja sempre protegida, qual seja, contribuintes, a partir deste conceito se constrói o presente trabalho com ênfase nos templos de qualquer culto, que consistem em um direito fundamental à liberdade de crença.

A Aluna Maria Fernanda Goes, com o artigo “OS EFEITOS DA POLUIÇÃO E DA CONTAMINAÇÃO DO MEIO AMBIENTE SOBRE OS ANIMAIS E A NATUREZA: O IMPACTO DO TRÁFICO DE DROGAS NA VIDA MARINHA” aborda os efeitos da poluição na vida dos animais marinhos ocasionada pelo Tráfico de Drogas no meio ambiente do mar, haja visto seu caráter transfronteiriço que ocasiona danos em uma escala global abordando especialmente os efeitos recentes explicitados por pesquisa da Fiocruz, sobre os tubarões-de-nariz-afiado que vivem no Recreio dos Bandeirantes, no Rio de Janeiro.

Uma excelente leitura e até o próximo número!

Litiane Motta Marins Araujo

Editor-Chefe

Maria Fernanda Goes

Monitora-Editorial

OS IMPACTOS DA DECISÃO DO STF AOS PACIENTES USUÁRIOS DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

THE IMPACTS OF THE STF DECISION ON PATIENTS USING HIGH-COST
MEDICINES: RELATIVISATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO LIFE

Camila Rabelo de Matos Silva Arruda¹
Diogo Oliveira Muniz Caldas²

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil, conhecida como Constituição cidadã, tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, garantida pelo caput do artigo 5º, que é considerado uma cláusula pétrea. Para garantir o direito à vida, preconiza-se o direito à saúde, que é um direito social, portanto, uma prestação positiva do Estado. Cabe ao Estado garantir o tratamento e o fornecimento de medicamentos, através de políticas públicas preconizadas no atendimento integral, que visa atender a todas as necessidades para manter a vida do cidadão. Entretanto, as crises financeiras dificultam o cumprimento do princípio da eficiência na garantia do direito à saúde. A pesquisa se propõe a investigar como o Estado brasileiro adota políticas públicas para assegurar o "mínimo existencial" de acesso à saúde, garantindo o direito à vida dos cidadãos. O objetivo principal é verificar se as políticas públicas de saúde estão cumprindo com esse direito fundamental. Para alcançar esse objetivo, os objetivos específicos incluem: analisar o direito à vida na Constituição de 1988, examinar as diferentes dimensões do direito à saúde e seus impactos sociais, descrever os principais problemas enfrentados pelo Estado na efetivação desse direito, e analisar o Sistema Único de Saúde (SUS) e a divisão de responsabilidades entre os entes federativos. A pesquisa também examina uma decisão relevante do STF sobre o fornecimento de medicamentos. A abordagem utilizada é o método hipotético-dedutivo, que combina raciocínio geral para o particular com a experimentação, sendo relevante para entender como o Estado efetiva o direito à saúde e garante o mínimo existencial. A presente pesquisa mostra-se relevante devido a recente decisão do STF, que contrapõe-se ao direito do cidadão a saúde integral e limita os critérios de fornecimento de medicamentos, tema de grande repercussão, impactando toda a sociedade.

Palavras- chaves: Direito à Saúde; Integralidade; Dever do Estado; Políticas públicas

ABSTRACT

¹Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - PPGD UVA, Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade Veiga de Almeida (2015), Especialização em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2007) e Graduação em Direito pela Sociedade Unificada de Ensino superior e Cultura Ltda. (1996). Professora da Universidade Unigranrio / Afya.

² Doutor pela Universidade Veiga de Almeida (2016), Mestre pela Universidade Gama Filho (2010) e Bacharel em Direito pela Universidade Gama Filho (2005). É Professor dos Cursos de LL. M do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). É Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). É Professor da Pós-Graduação do Centro Universitário IBMR (IBMR). É Professor da Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (UVA), Professor do Centro Universitário Carioca (UNICARIOCA) e Professor da Universidade Santa Úrsula (USU).

The Constitution of the Federative Republic of Brazil, known as the Citizen Constitution, has as its fundamental principle the dignity of the human person, guaranteed by the caput of article 5, which is considered a permanent clause. To guarantee the right to life, the right to health is advocated, which is a social right and therefore a positive provision of the State. It is the State's responsibility to guarantee treatment and the supply of medicines, through public policies advocated for comprehensive care, which aims to meet all needs to maintain the life of the citizen. However, financial crises make it difficult to comply with the principle of efficiency in guaranteeing the right to health. The research aims to investigate how the Brazilian State adopts public policies to ensure the "existential minimum" of access to health, guaranteeing the right to life of citizens. The main objective is to verify whether public health policies are complying with this fundamental right. To achieve this goal, the specific objectives include: analyzing the right to life in the 1988 Constitution, examining the different dimensions of the right to health and its social impacts, describing the main problems faced by the State in enforcing this right, and analyzing the Unified Health System (SUS) and the division of responsibilities among the federative entities. The research also examines a relevant decision of the STF on the provision of medicines. The approach used is the hypothetical-deductive method, which combines general reasoning for the particular with experimentation, and is relevant to understand how the State enforces the right to health and guarantees the existential minimum. This research is relevant due to the recent decision of the STF, which opposes the citizen's right to comprehensive health and limits the criteria for providing medicines, a topic of great repercussion, impacting the entire society.

Keywords: Right to Health; Comprehensiveness; Duty of the State; Public policies

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana, descrito amplamente nos incisos do artigo 5º que asseguraram os direitos fundamentais, que de tão relevantes, deram ao artigo 5º o status de cláusula pétrea, ou seja, não admite emendas.

O caput do artigo 5º assegurou o direito à vida como direito fundamental, através desta previsão surge o dever do Estado a efetividade na prestação de serviços públicos de saúde. Esse dever prestacional se reflete diretamente na adoção de políticas públicas voltadas em atender as necessidades da coletividade.

As crises financeiras que o Estado vem atravessando, afastam cada vez mais do cumprimento do princípio da eficiência na garantia do Direito fundamental à saúde. Nesse sentido, a presente pesquisa visa responder a seguinte pergunta: De que forma o Estado brasileiro adota políticas públicas para o cumprimento do mínimo existencial de acesso à saúde, garantindo o direito à vida do cidadão? Tendo como objetivo geral verificar se as políticas públicas de saúde têm assegurado o cumprimento do mínimo existencial do Direito à saúde.

Para alcançar ao principal objetivo da pesquisa foram traçados os seguintes objetivos específicos: Analisar o Direito fundamental à vida na CRFB de 1988; verificar as diversas faces do Direito Social à saúde e seus impactos na sociedade; descrever os principais problemas encontrados pelo Estado na efetivação do Direito à saúde e descrever o Sistema Único de Saúde e a repartição de competência dos entes federativos no cumprimento do mínimo existencial à saúde e analisar a decisão do STF no tema de grande repercussão sobre o fornecimento de medicamentos.

Para investigar o tema proposto, o presente estudo faz uso do método de abordagem hipotético-dedutivo. Preliminarmente, cabe aferir que os aspectos que este método tem em comum para com o método dedutivo reportam-se ao procedimento racional que transita do geral para o particular e, com o método indutivo, o procedimento experimental.

A presente pesquisa possui relevância por tratar da efetivação do mínimo existencial pelo Estado para assegurar o direito à vida.

1. O DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu em seu artigo 5º os Direitos Fundamentais que são inerentes a vida com dignidade. Assegurar a dignidade da pessoa humana é um direito superior, que atrai outros direitos fundamentais que também buscam uma vida com dignidade na sociedade.

Na medida que a sociedade estabelece um pacto social para a vida livre e dotada de direitos, passa a existir uma limitação para que todos aceitem esses direitos. A vida em sociedade necessita de limitações aos Direitos Naturais sobre pena de geração de conflitos.(Ferreira Filho, 2011)

As constituições brasileiras, historicamente, tiveram inspiração na Declarações dos Direitos Humanos. A constituição atual trouxe enumerados os direitos e garantias fundamentais.

Na visão de Robert Alexy apud Ferreira Filho (2011) um direito fundamental deve manifestar cinco traços no mínimo. Sendo eles: 1) ser vinculado diretamente a dignidade da pessoa humana; 2) portanto, concernir a todos os seres humanos; 3) ter valor moral; 4) ser suscetível de promoção ou garantia pelo direito; e 5) pesar de modo capital para a vida de cada um.

O caput do artigo 5º da Constituição brasileira trouxe a garantia do direito à vida, nos seguintes termos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”(Brasil, 1988)

Claramente houve uma preocupação do legislador constituinte em assegurar a todos o direito à vida, tornando o artigo 5º uma cláusula pétrea, ou seja, não admitindo emendas a sua redação. Essa proteção ao artigo 5º deu-se pela importância em evitar retrocessos legais aos direitos fundamentais.

Norberto Bobbio (2004) chama a atenção, ainda, quando descreve os direitos ligados à vida como elemento político, envolvendo a proteção do patrimônio genético, a preocupação com a bioética, dentre outras questões e situações de direitos. Todas estas questões são discutidas em prol de assegurar a todos os povos reais conhecimentos e usufruirmos de todos esses direitos.

A atuação do ente público deve ter o intuito de prover as mínimas condições de vida aos mais necessitados, e isso dar-se-à por meio de um Estado Desenvolvedor, como indica Amartya Sen:

“A *segurança protetora* é necessária para propiciar uma rede de segurança social, impedindo que a população afetada seja reduzida à miséria abjeta e, em alguns casos, até mesmo a fome e a morte. A esfera da segurança protetora inclui disposições institucionais fixas, como benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes, bem como medidas ad hoc, como distribuição de alimentos em crises de fome coletiva ou empregos públicos de emergência para gerar renda para os necessitados”.(Sen, 2010, p. 57)

Quando se fala da garantia do mínimo social para o exercício dos direitos fundamentais previstos pela constituição podemos tratar de um dever revestido de obrigação essencial que o Administrador Público deve respeitar, atuando de modo encontrar a eficácia e a garantia de uma prestação de serviço que proteja a vida humana.

Na visão de Caldas e Maciel (2018) o mínimo existencial é:

“A extensão de um rol de direitos meramente biológicos ligados à manutenção da vida ou uma listagem mais ampliativa que consagra também o mínimo social? Doutrinariamente, observam-se raciocínios positivistas e restritivos, ao indicar que o mínimo existencial consagra apenas uma lista mínima de direitos ligada exclusivamente aos fatores biológicos para a manutenção da vida humana, ou seja, só são considerados direitos inseridos do núcleo da dignidade da pessoa humana aqueles básicos para manter a pessoa com vida e suas funções vitais em estado de normalidade, a saber os direitos a saúde (alguns medicamentos e intervenção hospitalar) e a alimentação. Nesta esteira, para os defensores dessa ideia, os legisladores que elaboraram a Constituição da República Federativa do Brasil, nos Capítulos dispostos em Título II, cometeram um sério equívoco ao taxar como fundamentais: grande parte dos direitos individuais, coletivos, sociais, políticos, etc. Observam-se também raciocínios que defendem programas mais ampliativos e garantistas de direitos, por entender que o núcleo do mínimo existencial contempla uma lista que vai além do mero conceito biológico do que é estar vivo. Aqui podem ser encontrados os direitos esquecidos pela primeira corrente, ou seja, grande parte dos individuais e coletivos, além dos sociais.

No Estado garantidor, caberá ao Poder Público, através das Políticas Públicas, garantir a proteção ao Direito à vida, garantindo um mínimo existencial para uma vida digna.

2. O DIREITO À SAÚDE E A GARANTIA DA ‘PRESTAÇÃO POSITIVA DO ESTADO

Partindo do pressuposto que a saúde é condição essencial para a garantia da vida humana digna, não devemos dissociar a dignidade da pessoa humana do direito à vida e a saúde. O direito à saúde aparece expressamente no artigo 6º da CRFB (Brasil, 1988), que garante a todo cidadão os direitos sociais, que devem ser prestados pelo Estado através de serviços públicos.

Na visão de André da Silva Ordacgy:(2018) “a saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, pois se consubstancia em característica indissociável do direito à vida”.

Conforme o descrito no artigo 196 da CRFB

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Brasil, 1988)

Um dos papéis fundamentais do Estado é buscar o cumprimento dos direitos consagrados pelo legislador. Para cumprir esses direitos fundamentais existe a discricionariedade do gestor público no desenvolvimento de políticas públicas, por exemplo, no combate ao incêndio que põe em risco o patrimônio dos administrados ou para ofertar um determinado medicamento para o tratamento médico de um indivíduo, medicamentos não previstos no rol taxativo do SUS.

Na visão de Caldas (2018) traz a importância do Poder Judiciário na proteção do direito à saúde:

“Quando, de forma contrária, o Estado não atende, espontaneamente, uma determinada demanda, o Poder Judiciário é provocado e, utilizando remédios jurídicos próprios, obriga que a Administração pública cumpra determinada ordem.”

O Estado no uso de suas atribuições, deve estar a serviço da coletividade, ou seja, buscando garantir na execução de atos no exercício da função administrativa (os chamados atos administrativos), através desses atos, são verificadas prestações positivas e de caráter prestacional do Estado, como, por exemplo: o atendimento de baixa, média e de alta complexidade dos serviços de saúde. Em qualquer um dos casos acima é observado o uso do mesmo meio, para se alcançar fins, por vias distintas: o uso de recursos públicos para o cumprimento e satisfação adequada dos direitos emanados pela legislação. Observando que o dispêndio de dinheiro público é necessário para se

alcançar um determinado direito, os autores entendem que todos os direitos possuem natureza positiva.

O judiciário desenvolve seu papel na busca pela proteção absoluta dos direitos e garantias individuais, bem como os direitos sociais decorrentes da manutenção desses direitos, pois, ao ser provocado é competente para perceber as violações do Direito e dos direitos e até mesmo invalidar má alocação de recursos pelo gestor público, eles não podem, em alguns casos, de forma transdisciplinar, decidir quais soluções são melhores canalizadas em face de necessidades urgentes.

Holmes & Sunstein (2000) desenvolvem criticamente a diferença entre retórica dos direitos e a realidade da escassez. Nenhum direito cujo cumprimento pressuponha um gasto seletivo do contribuinte pode, no final das contas, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário sem levar em conta as consequências do orçamento pelas quais os órgãos do governo têm a última responsabilidade.

3. OS PRINCIPAIS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELO ESTADO NA PRESTAÇÃO EFETIVA DO SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICA

Os principais problemas enfrentados pela Administração Pública na efetivação dos serviços públicos de saúde impactam diretamente na qualidade de vida do cidadão que depende desses serviços para gozar de uma vida digna.

Os grandes problemas enfrentados pelo Estado, serão descritos a seguir:

a) ineficiência dos serviços de saúde:

A ineficiência dos serviços de saúde está diretamente ligada a má qualidade prestacional.

Para Munro (1994), a prestação de serviços realizada pelo poder público ainda mantém em foco a própria existência do serviço, deixando sua qualidade relegada a um segundo plano.

As organizações do setor público são as maiores prestadoras de bens e serviços à comunidade, que está dependente da qualidade, agilidade e localização desses serviços, tendo como principal característica uma relação de responsabilidade direta com a sociedade, necessitando continuamente redefinir sua missão.(Estefano, 1996)

Quando se fala na qualidade nas organizações de saúde, esta pode ser interpretada e representada como a expressão de certas formações subjetivas: a preocupação constante em criar e manter entre todos os que estão ocupados nas organizações de saúde, administradores e funcionários, o entendimento quanto à estrutura e ao processo das intervenções; e preocupação quanto aos resultados para satisfazer as necessidades emergentes e as demandas explícitas dos clientes usuários. O objetivo final é manter a administração da qualidade das organizações de saúde tem como resultados esperados a melhoria da eficiência, com eficácia e a melhoria no uso dos recursos. (Lima, 1998)

A qualidade é definida pelo cliente e transcende os parâmetros dos produtos, contemplando aspectos relacionados com o meio ambiente e com as relações humanas. A função qualidade e o termo cliente devem ser entendidos de forma abrangente e devem ser estendidos, também, para as relações profissionais, sociais e familiares. (Neves e Neves, 2000, p. 14)

Na visão de Vasconcellos (2002), a diferença fundamental ao se definir qualidade na prestação de serviços encontra-se na subjetividade e na dificuldade de se estabelecer o que é qualidade, uma vez que os clientes reagem diferentemente ao que parece ser o mesmo serviço. Cada cliente possui uma determinada percepção sobre qualidade e, muitas vezes, esta diferença implica até mesmo “estado de espírito do cliente” no momento da prestação de serviço. As pessoas possuem diferentes padrões de qualidade em diferentes momentos de sua vida.

Segundo Las Casas (1999, p.206), as dimensões da qualidade em serviços são:

- a) confiabilidade — é importante para prestar serviços de qualidade, gerada pela habilidade de fornecer o que foi prometido de forma segura e precisa;
- b) segurança — clientes querem dos prestadores de serviços a habilidade de transmitir segurança e confiança, caracterizada pelo conhecimento e cortesia dos funcionários;
- c) aspectos tangíveis — os aspectos físicos que circundam a atividade de prestação de serviço também têm sua importância como fator de influência, como instalações, equipamentos, aparência dos funcionários etc.;
- d) empatia — grau de cuidado e atenção pessoal dispensado aos clientes, como a capacidade de se colocar no lugar dos outros e, também, a receptividade, que é a disposição de ajudar os clientes e fornecer serviços com presteza.

A visão Donabedian (1980, p. 163) a qualidade está relacionada a três dimensões:

- a) a técnica - A técnica se refere à aplicação, atualizada, dos conhecimentos científicos na solução do problema do paciente.

b) a interpessoal - A interpessoal se refere à relação que se estabelece entre o prestador de serviços e o paciente.

c) ambiental - A ambiental diz respeito às comodidades como conforto e bem-estar oferecidos ao paciente.

b) Teoria dos custos dos direitos:

As limitações orçamentárias resultam em uma dificuldade potencial de exclusão e inefetividade de serviços. Isto é extremamente crítico, porém num mundo de recursos limitados, é também inevitável.

Levar os direitos a sério significa levar também a questão da escassez a sério e encontrar alternativas que possam garantir os direitos mais básicos dos cidadãos. (Dworkin, 2010)

Na visão de Caldas e Maciel (2018) a doutrina que apresenta contrapontos:

A Teoria dos Custos do Direito, afirma, em síntese, que a proteção aos direitos fundamentais será consideravelmente reduzida com a implementação da mesma, pois, ao diminuir ao mínimo possível, o cumprimento dos direitos garantidos pela Constituição Federal, uma gama de pessoas ficará desprotegida, ou seja, quanto menor a efetividade dos direitos, maior serão aqueles que buscarão o cumprimento desses de forma forçada, apelando, em alguns casos, até para o exercício arbitrário das próprias razões.

Neste diapasão Sgarbossa (2010) exemplifica:

Os problemas engendrados pela desregulamentação da economia e pela retração da proteção social são ocultados pela exploração da insegurança generalizada e pela condução ideológica de todas as expectativas de solução dos problemas correlatos em campo penal, o que representa, ao fim e ao cabo, a fragilização de direitos e garantias individuais decorrentes da retórica do medo e da conseqüente expansão, doravante sem limites, da repressão penal.

Na visão de Caldas e Maciel (2018):

É imperativo ressaltar que a teoria em tela não defende o descumprimento dos direitos pela falta de condições financeiras. Entretanto, busca realizar uma nova discussão acerca da dimensão da proteção e efetivação dos mesmos, de acordo com o orçamento disponível em cada lugar, ao permitir, desta forma, que o gestor estatal direcione melhor os recursos encontrados nos cofres públicos.

c) Falta de justiça distributiva:

Não se defende aqui um Estado assistencial com veias paternalistas. Entretanto, defende-se a atuação do ente público deve ser no intuito de prover as mínimas condições de vidas aos mais necessitados, por meio de um Estado Desenvolvedor, como indica Amartya Sen:(2010)

A segurança protetora é necessária para propiciar uma rede de segurança social, impedindo que a população afetada seja reduzida à miséria abjeta e, em alguns casos, até mesmo a fome e a morte. A esfera da segurança protetora inclui disposições institucionais fixas, como benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes, bem como medidas ad hoc, como distribuição de alimentos em crises de fome coletiva ou empregos públicos de emergência para gerar renda para os necessitados.

Considerando a visão de Amartya Sen pode-se verificar o papel do Estado para assegurar a justiça distributiva, ou seja, a segurança protetora que ele bem define, poderia ser aplicada na questão de assegurar aos cidadãos a distribuição equitativa dos recursos públicos. Através da justiça distributiva, o Estado exerceria o papel garantidor do investimento equitativo dos recursos públicos em políticas que atendam de maneira equitativa a toda a população.

A falta dessa justiça distributiva causa exclusão e a falta de condições mínimas de viver com dignidade.

4. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE

O Brasil tem um sistema político federativo constituído por três esferas de governo – União, Estados e municípios – nos termos estabelecidos na Constituição da República de 1988, os entes possuem autonomia administrativa e não existe hierarquia entre eles.

No sistema federativo prima por favorecer o respeito aos valores democráticos em situações de acentuada diferenciação política, econômica, cultural, religiosa ou social gerada pela heterogeneidade e pela diversidade existente. Esse sistema possui uma complexa a implementação de políticas sociais de abrangência nacional, particularmente nos casos em que a situação de diversidade diz respeito à existência de marcantes desigualdades e exclusão social.

As responsabilidades com a gestão e o financiamento do SUS são compartilhadas entre os seus gestores dos três âmbitos: União, Estados e Municípios.

Para a implementação do SUS foi necessária a adoção de mecanismos articuladores entre essas esferas, com ênfase em uma lógica de cooperação e complementação. Podemos destacar a importância dos municípios, considerados como entes federativos com muitas responsabilidades na implementação de políticas públicas. A diversidade dos municípios brasileiros, vão desde o tamanho, o desenvolvimento político, econômico e social, a capacidade de arrecadação, tornando um desafio maior na implantação desse sistema.

O Sistema Único de Saúde é, por definição constitucional, um sistema público, nacional e de caráter universal, baseado na concepção de saúde como direito de cidadania e nas diretrizes organizativas de: descentralização, com comando único em cada esfera de governo; integralidade do atendimento; e participação da comunidade.(Brasil, 2003)

A implantação do SUS é obrigatória e as respectivas responsabilidades de seus gestores – federal, estaduais e municipais – não podem ser delegadas. Esse sistema compartilhado visa a distribuição equitativa dos recursos através do repasse fundo a fundo, de acordo com a complexidade do serviço prestado pelo ente federativo. O SUS é uma obrigação legalmente estabelecida.

De acordo com a regulamentação do SUS (Brasil, 2003):

A implementação desse sistema, particularmente no que diz respeito ao processo de descentralização e definição do papel de cada esfera de governo, deve considerar o enfrentamento de ao menos três questões gerais, já mencionadas: as acentuadas desigualdades existentes no País; as especificidades dos problemas e desafios na área da saúde; as características do federalismo brasileiro. Pode-se dizer que, de certa forma, houve na implementação das políticas de saúde nos anos 90 um esforço para construir um modelo federativo na saúde, seja nas tentativas de definição do papel de cada esfera no sistema, seja na criação de estruturas e mecanismos institucionais específicos de relacionamento entre os gestores do SUS e desses com a sociedade.

4.1.O DEVER DO ESTADO DE CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL À SAÚDE X RESERVA DO POSSÍVEL

O Estado deve cumprir o mínimo existencial, ou seja, como Estado garantidor, através da prestação positiva dos serviços públicos, assegurar a efetividade dos Direitos Fundamentais.

Na legislação pátria não há uma previsão sobre o que seria o mínimo existencial, no entanto, na visão do doutrinador Cançado Trindade (2010, p. 307) explica que âmbito do Direito Internacional, de igual modo, não existe um consenso acerca do conteúdo concreto do mínimo existencial:

É significativo que já se comece hoje a considerar o que constituiria um “núcleo fundamental” de direitos econômicos, sociais e culturais. Há os que, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, argumentam que tal núcleo seria constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação. Em recentes reuniões internacionais de peritos também se tem referido, como possíveis componentes daquele núcleo, aos chamados “direitos de subsistência” (e.g., direito à alimentação, direito à moradia, direito aos cuidados médicos e direito à educação). Os debates apenas têm início, e certamente se prolongarão no decorrer dos próximos anos neste início do novo século.

A fim de que haja o cumprimento dos direitos fundamentais, com a correta alocação dos recursos dos cofres públicos, favorecem a judicialização das demandas, para que, através dos remédios constitucionais assegure aos cidadãos demandantes de determinados direitos que não lhes foram contemplados, a sua efetivação.

A Reserva do possível é uma teoria que tem como uma das aplicações mais conhecidas, a linha de defesa demonstrada pelas Procuradorias Municipais e Estaduais que se recusam a fornecer medicamentos que não constam do rol taxativo de medicamentos do SUS. Essa teoria sustenta que o Poder Público ao se negar a fornecer medicamentos para os cidadãos que mais necessitam, estaria abalando as finanças públicas da Administração Pública, com o cumprindo integralmente esse direito à saúde.

Na visão de Caldas e Maciel (2018):

Ressalta-se, portanto que, se com parte das receitas públicas vinculadas a determinados direitos são gerados pífios resultados como o apresentado pelo relatório supradescrito, hipoteticamente, argui-se como seriam esses resultados se os gastos públicos fossem condicionados na esteira da Teoria dos Custos dos Direitos.

Tal princípio fornece a ideia que os direitos sociais são considerados “caros”, ou seja, por terem custo para a sua aplicação devem ser executados de forma progressiva, na medida dos recursos disponíveis. No ordenamento jurídico nacional, a reserva do possível é utilizada em vários casos que tramitam em todas as esferas do Poder Judiciário.

É imperativo ressaltar, que a teoria em tela, não defende o descumprimento dos direitos pela falta de condições financeiras. Entretanto, busca realizar uma nova discussão acerca da dimensão da proteção conferida aos direitos, de acordo com o orçamento disponível em cada lugar permitindo, desta forma, que o gestor público direcione melhor os recursos encontrados nos cofres públicos. Como analisam em sua obra Holmes e Suste (2000, p.226) :

The cost of rights raises not only questions of democratic accountability and transparency in the process of allocating resources; it also brings us unexpectedly into the heart of moral theory, to problems of distributive equity and distributive justice. To describe rights as public investments is to encourage rights theorists to pay attention to the question of whether rights enforcement is not merely valuable and prudent, but also fairly allocated. The question here is whether, as currently designed and implemented, disbursements for the protection of rights benefit society as a whole, or at least most of its members, or only those groups with special political influence. Do our national priorities, in the area of rights enforcement, merely reflect the influence of powerful groups, or do they promote the general welfare? To study costs is not to shortchange politics and morality, but rather to compel consideration of such questions. The subject is so important precisely because it draws attention to the relation between rights on the one hand and democracy, equality, and distributive justice on the other.

A garantia do mínimo existencial que busca assegurar o direito social à saúde e o direito fundamental à vida, vigora como uma proteção exercida pelo Estado garantidor, que busca a efetividade das garantias fundamentais através da adoção de políticas públicas, a alegação da reserva do possível pelo Estado e pelos Municípios não exime a responsabilidade existente compartilhada entre os entes federativos para o cumprimento dos preceitos constitucionais de preservação da vida e da dignidade humana.

4.2. A DECISÃO DO STF E SEUS IMPACTOS NA VIDA DOS PACIENTES TRATADOS COM MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, no dia 20 de setembro de 2024, o tema com Repercussão Geral nº 6, através do RE 566471, que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, a menos que estejam previstos no Programa de Fornecimento de Medicamentos do SUS – RENAME. (STF, 2024)

A judicialização tornou-se necessária quando o cidadão necessitava de um medicamento/tratamento que não tinha condições financeiras de arcar, nem tampouco, era contemplado na lista do RENAME.

A Fazenda Pública tendia a manifestar-se pela não obrigatoriedade do fornecimento, uma vez que, o medicamento não constava no rol de medicamentos obrigatório, que seria a prioridade.

A decisão do STF versou sobre a seguinte pergunta: O Estado é obrigado a fornecer um medicamento que não está na lista dos oferecidos pelo SUS quando o paciente não tem condições de pagar por ele?

A decisão tomada pelo STF sobre o referido tema, traz a impossibilidade do judiciário brasileiro em decidir pelo fornecimento de medicamentos não contemplados pela lista do RENAME, sem levar em consideração o custo do Estado para este fornecimento. O voto vencedor foi o exarado pelos Excelentíssimos Ministros Dr. Luis Barroso e Dr Gilmar Mendes na condição de revisores, uma vez que o voto do Excelentíssimo Dr. Marco Aurélio Mello.

Assegura o voto que tendo em vista não haver dinheiro suficiente para comprar todos os medicamentos que existem, o poder público só seria obrigado a adquirir somente os que possam ser fornecidos a todas as pessoas que precisem deles, nos seguintes termos:

A grande quantidade de ações judiciais prejudica as políticas públicas de saúde, comprometendo a organização e a eficiência do SUS. Além disso, a decisão sobre a inclusão de um medicamento na lista do SUS deve ser feita pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), que possui conhecimento especializado para avaliar a eficácia, segurança e custo-benefício de um remédio (STF, 2024)

No entanto, em casos excepcionais, o fornecimento pode ser autorizado judicialmente, desde que sejam observados critérios específicos, sendo eles:

- (i) que o remédio foi negado pelo órgão público responsável;
- (ii) que a decisão da CONITEC de não incluir o medicamento nas listas do SUS é ilegal, que não houve pedido de inclusão ou houve demora excessiva na sua análise;
- (iii) que não há outro medicamento disponível nas listas do SUS capaz de substituir o solicitado;
- (iv) que há evidências científicas de que o remédio é eficaz e seguro;
- (v) que o remédio é indispensável para o tratamento da doença; e
- (vi) que não tem condições financeiras para comprar o remédio. (STF, 2024)

Caberá ao Juiz que apreciar o pedido de entrega de um medicamento incluído no SUS, o juiz deve analisar os seguintes aspectos:

I- avaliar a decisão da CONITEC de não incluir o medicamento nas listas oficiais e a negativa do pedido pelo órgão público responsável; II- consultar o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS) ou outros especialistas; III- notificar os órgãos responsáveis para que avaliem a possibilidade de incluir o medicamento nas listas do SUS, se o medicamento for concedido. Em nenhum caso, o juiz pode decidir apenas com base em laudos médicos apresentados pela pessoa que solicita o medicamento. (STF, 2024)

Em contraponto, a pergunta que os autores se fizeram foi: a decisão do STF formaliza que o direito à vida é relativo, uma vez que os pacientes necessitavam dos medicamentos para sobreviver? Qual os impactos dessa decisão na vida dos pacientes?

A limitação do fornecimento de medicamentos de alto custo, que em sua grande maioria advém de importação de outros países, que possuem pesquisas mais adiantadas em relação a doenças raras ou de difícil tratamento, se contrapõem as evoluções de tratamentos, que mesmo tendo registro na ANVISA, não contemplarão os pacientes.

A CONITEC, que analisa além da eficácia dos medicamentos através da pesquisa, os custos da implantação dele no SUS, os critérios transcendem as questões médicas e entra na seara do planejamento financeiro do Estado.

As doenças que requerem tratamentos de alto custo não atingem a um grupo muito grande da sociedade, mas, nos termos do caput do artigo 5º da CF, todos tem direito a vida, não cabendo uma decisão política ou financeira, quando uma vida está em risco.

Há de se considerar que a ausência do tratamento adequado pode levar a internações desnecessárias, afastamentos do trabalho e até a morte do paciente, que se estivesse sendo adequadamente, teria sua vida protegida e a sua saúde preservada ou melhorada.

Considera-se relevante também, que os maiores impactados por essa decisão, serão as pessoas mais vulneráveis, os doentes e mais pobres, que se sentirão órfãos de um Estado que devia protegê-lo.

Nem todos os medicamentos são para todas as pessoas, uma vez que cada organismo responde de uma forma ao tratamento, a necessidade da escolha de um

medicamento leva em consideração critérios científicos, não podendo a escolha recair para critérios que desconsiderem as informações sobre a saúde daquele paciente.

Não há como desconsiderar as conquistas sociais advindas da CF 1988, considerando-se um retrocesso relativizar o atendimento universal e integral a saúde das pessoas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o Direito fundamental à vida na CRFB de 1988 foi verificado que o legislador ao estabelecer esse direito estava pautado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Em relação a dignidade da pessoa humana deve-se considerar as condições mínimas para uma vida digna. Embora ainda não haja a previsão legal pátria em relação ao que seria o mínimo existencial, os conceitos são pautados na doutrina internacional, sendo verificada a necessidade da aplicação de um conceito de mínimo existencial que abranja todos os itens fundamentais para assegurar o direito a vida com qualidade para o cidadão e os estrangeiros no território nacional.

Considerando as diversas faces do Direito Social, todas elas são prestações positivas do Estado, sendo a saúde um serviço que impacta diretamente na vida da sociedade. As dificuldades encontradas pelo Estado na prestação eficiente dos serviços de saúde acabam por excluir pessoas e aumentar a desigualdade social, condenando os hipossuficientes a risco eminente de vida quando necessitam de tratamento justo e igualitário.

No desenvolvimento da pesquisa foram descritos os principais problemas encontrados pelo Estado na efetivação do Direito à saúde sendo eles: a ineficiência da prestação de serviços de saúde, a teoria dos custos dos direitos e a falta de justiça distributivas, que é responsável por acentuar ainda mais as desigualdades sociais e por fim, analisou-se a decisão recente do STF sobre o tema de grande repercussão 6.

Neste esteio o trabalho descreveu a repartição de competência dos entes federativos, que estão organizados no Sistema Único de Saúde – SUS e que é responsável pelo cumprimento do mínimo existencial à saúde, sendo essa responsabilidade compartilhada pelos entes federativos, que são responsáveis pela prestação da gestão plena dos serviços de saúde, cumprindo os princípios basilares do Direito Administrativo.

Ao verificar se as políticas públicas de saúde têm assegurado o cumprimento do mínimo existencial do Direito à saúde, pode-se enfatizar que a falta de qualidade no atendimento, a omissão quanto ao fornecimento dos medicamentos que não estão presentes na lista taxativa do SUS.

Outro ponto relevante são dificuldades na gestão financeira pelas unidades federativas, que recebem o repasse fundo a fundo e devem aplicar o mínimo constitucional de recursos próprios nas despesas de saúde, ainda alegam a reserva do possível para não atender as necessidades dos que necessitam de medicamentos específicos, que buscam o amparo do poder judiciário para a aplicação dos remédios constitucionais que assegurem a efetividade deste direito fundamental à vida.

O Plenário do STF decidiu no dia 20 de setembro de 2024 pela não obrigação do Estado em fornecer medicamentos que não seguem os critérios por eles estabelecidos no voto do tema de grande repercussão 6.

A referida decisão impactará diretamente aos pacientes hipossuficientes e relativizará o salvaguardado direito a vida, sendo a eutanásia proibida no Brasil, os pacientes com doenças raras ou que necessitem de tratamentos de alto custo, como única alternativa de tratamento, serão previamente condenados ao perecimento e a exclusão da esperança de continuar a compartilhar com suas famílias a vida diária. Pacientes tem famílias, cada ser representa uma vida única para os seus. Assegurar o tratamento adequado vai além de uma política pública, sendo uma política de vida, quando se permite que seja diferente, transcende-se de um Estado que aplica Políticas Sociais para um Estado de necropolítica, assunto que poderá ser tratado em outro artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil**. 1988.

BRASIL. **Para atender a gestão do SUS**. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS.2003.

CALDAS, Diogo; MACIEL, Alvaro. **A problemática dos custos no campo da execução dos direitos fundamentais: alternativas soluções para o cumprimento do mínimo existencial**. CONPEDI. XXVII Encontro Nacional. 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, v I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 493. In:

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos. v 1** Reserva do Possível. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010. Pág. 307

DONABEDIAN, A. **Explorations in quality assessment and monitoring: the definition of quality and approaches to its assessment**. Health Administration Press, v. 1, p. 163, 1980

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTEFANO, E. V. V. **Satisfação dos recursos humanos no trabalho: um estudo de caso na biblioteca central da Universidade Federal de Santa Catarina**. 1996. Dissertação (Mestrado em Engenharia) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo. SARAIVA. 2011. 13ª edição.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Nova York: W.W. Norron & Company, 2000. Pág. 226.

LAS CASAS, A. L. **Qualidade total em serviços: conceitos, exercícios e casos práticos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. Pág.206.

LIMA, C. R. M. de. **A avaliação do custo-eficácia das intervenções em organizações de saúde**. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 38, n. 2, p. 62-73, abr./jun. 1998.

MUNRO, A. C. M. **Divergências entre as expectativas do usuário e a percepção da gerência em relação a qualidade do serviço**. 1994. Dissertação (Mestrado em Marketing) — UFRGS, Porto Alegre. Disponível em: <www.cesusp.ufrgs.br/PPGA/mktres.htm#15>. Acesso em: 20 outubro de 2024

NEVES, J. F.; NEVES, M. C. P. **Qualidade e sustentabilidade. Seropédica: Embrapa Agrobiologia**, dez. 2000. Pág. 14.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf. Acesso em: 28 de setembro de 2024.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras. 2010. Pág. 57

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos**. Volume I – Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário (RE) 566471**, com repercussão geral (Tema 6). 20 DE SETEMBRO DE 2024.

Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566.471_tema6_infosociedade_LCFSP.pdf Acesso em: 20 de outubro de 2024

VASCONCELLOS, P. P. de. **Desenvolvimento de um modelo de avaliação da qualidade do serviço odontológico**. 2002. 91 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) — Centro Tecnológico, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 183 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO

INTERPRETING ARTICLE 183 OF THE BRAZILIAN PENAL CODE FROM A GENDER PERSPECTIVE

Maria Célia Ferraz Roberto da Silveira¹

RESUMO

Este artigo tem como tema a interpretação do artigo 183 do Código Penal brasileiro a partir de uma perspectiva de gênero. A pesquisa se propõe a demonstrar que os crimes patrimoniais praticados em contexto de violência doméstica contra a mulher pressupõem o emprego de violência à pessoa. Ademais, busca demonstrar a necessidade de dar uma nova interpretação ao artigo 183 do Código Penal à luz do protocolo para julgamento com perspectiva de gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A violência doméstica e familiar contra a mulher é uma realidade perturbadora no Brasil, e os crimes patrimoniais praticados neste contexto são parte integrante deste cenário. O presente estudo objetiva evidenciar que tais delitos não ocorrem sem o emprego da violência ou grave ameaça à integridade física ou psicológica da vítima, o que afastaria, portanto, a previsão das escusas absolutórias dos artigos 181 e 182 do Código Penal. O Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero do CNJ é um importante instrumento que, entre outras coisas, visa garantir uma interpretação do direito atenta às questões de gênero. Este trabalho busca responder à pergunta: Como o Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero do CNJ pode contribuir para dar uma nova interpretação ao artigo 183 do CP e assim afastar a incidência das escusas absolutórias (art. 181 e 182 do CP) nos crimes patrimoniais em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher? A pesquisa se vale de uma revisão bibliográfica para responder a esta questão. A análise do Protocolo, bem como do Código Penal constitui a base para a argumentação desenvolvida no texto. O trabalho visa contribuir significativamente para o debate sobre a interpretação das leis penais em casos de violência doméstica contra a mulher, e para o reconhecimento da necessidade de um olhar sensível à questão de gênero na aplicação da justiça.

Palavras-chave: Violência doméstica, crimes patrimoniais, perspectiva de gênero, Protocolo CNJ.

ABSTRACT

This article focuses on the interpretation of Article 183 of the Brazilian Penal Code from a gender perspective. The research aims to demonstrate that property crimes committed in the context of domestic violence against women involve the use of violence against the person. Furthermore, it seeks to show the need for a new interpretation of Article 183 of the Penal Code in light of the National Council of Justice's (CNJ) protocol for gender-sensitive judgment. Domestic and family violence against women is a disturbing reality in Brazil, and property crimes committed in this context are an integral part of this scenario. This study aims to highlight that such crimes do not occur without the use

¹ Professora na Universidade do Grande Rio | AFYA. Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pesquisadora no Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional e Ambiental (LEPADIA/UFRJ), no Observatório de Direitos Humanos e Fundamentais (ODHF/UCAM) e no Grupo de Pesquisa em Direito, Poder e Controle Social (DPCS/Universidade do Grande Rio | AFYA); E-mail: maria.celia@unigranrio.edu.br

of violence or serious threats to the physical or psychological integrity of the victim, which would therefore exclude the applicability of the absolute excuses provided in Articles 181 and 182 of the Penal Code. The CNJ's Protocol for Gender-Sensitive Judgment is an important instrument that, among other things, aims to ensure a legal interpretation attentive to gender issues. This work seeks to answer the question: How can the CNJ's Protocol for Gender-Sensitive Judgment contribute to providing a new interpretation of Article 183 of the Penal Code and thus exclude the applicability of the absolute excuses (Articles 181 and 182 of the Penal Code) in property crimes in the context of domestic and family violence against women? The research employs a literature review to answer this question. The analysis of the Protocol, as well as the Penal Code, forms the basis for the argument developed in the text. The work aims to contribute significantly to the debate on the interpretation of criminal laws in cases of domestic violence against women and to the recognition of the need for a gender-sensitive approach in the application of justice.

Keywords: Domestic violence, property crimes, gender perspective, CNJ Protocol.

1. Introdução

A presente pesquisa se propõe a adentrar no universo jurídico dos crimes patrimoniais, sob a ótica do artigo 183 do Código Penal brasileiro, com foco na violência doméstica contra a mulher. Nesse cenário, pretende-se demonstrar que os crimes patrimoniais praticados nesse contexto pressupõem o emprego de violência à pessoa, o que demanda uma nova interpretação dos dispositivos legais relativos às escusas absolutórias ou imunidades.

A importância deste estudo decorre da necessidade de repensar a forma como a lei penal é aplicada nos casos de violência doméstica praticada contra mulheres, especialmente naqueles em que há cometimento de crimes patrimoniais. A perspectiva de gênero assume papel fundamental nessa análise, uma vez que tais delitos ocorrem em um ambiente permeado por desigualdades e relações de poder (Bittar; Alves, 2015).

O objetivo desta pesquisa é demonstrar que a interpretação do art. 183 do CP deve ser realizada à luz do Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero do CNJ. Isto porque, sem essa reinterpretação, há o risco de incidência das escusas absolutórias previstas nos artigos 181 e 182 do CP nos crimes patrimoniais praticados em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, afastando a punibilidade do agente e, assim, deixando de contribuir para a punição e erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher (Silva; Farias; Gomes, 2018).

A pergunta norteadora deste trabalho é: Como o Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero do CNJ pode contribuir para dar uma nova interpretação ao artigo 183 do CP e assim afastar a incidência das escusas absolutórias (art. 181 e 182 do CP) nos crimes patrimoniais em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher? A resposta para essa questão passa necessariamente pela capacidade do Direito Penal de se adaptar às demandas sociais, garantindo "uma interpretação que promova a igualdade de gênero" (Freixes, 2018, p.45).

A indagação supra abre caminho para uma análise mais aprofundada das implicações dos crimes patrimoniais praticados no âmbito da violência doméstica contra mulheres e da necessidade de uma interpretação penal mais sensível à questão de gênero.

Assim, passaremos a analisar o artigo 183 do Código Penal brasileiro sob uma perspectiva de gênero. A escolha deste artigo para estudo advém da necessidade de compreender e analisar a sua aplicação em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, que, por vezes, se desdobram em crimes patrimoniais.

O primeiro objetivo deste estudo é demonstrar que os crimes patrimoniais praticados em contexto de violência doméstica contra a mulher pressupõem o emprego de violência a pessoa. Esta proposição baseia-se nas seguintes premissas: "a violência doméstica contra a mulher é uma forma específica de violação dos direitos humanos" (CEJIL, 2016, p.9) e também na análise do elemento subjetivo do agressor ao praticar tais delitos.

Da primeira premissa se extrai que qualquer ato criminoso cometido neste contexto carrega uma dimensão de agressão à dignidade humana. A partir da segunda premissa se compreende que o dolo do agente que pratica crimes patrimoniais em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher não é o de atingir o patrimônio da vítima, mas o de, através daquele comportamento, atingir a sua integridade psicológica e/ou física.

O segundo objetivo deste estudo é demonstrar a necessidade de dar uma nova interpretação ao art. 183 do CP à luz do protocolo para julgamento com perspectiva de gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Essa proposta fundamenta-se na perspectiva feminista do Direito que enfatiza a necessidade de interpretar as normas legais levando em consideração as desigualdades estruturais entre gêneros (Mackinnon, 2013).

2. Breve análise sobre a violência contra a mulher

A violência patrimonial, conforme definida pelo inciso IV do artigo 7º da Lei nº 11.340/2006, representa uma evolução no entendimento e combate à violência doméstica e familiar, sendo um passo importantíssimo na proteção dos direitos das mulheres e na abordagem abrangente da violência de gênero, eis que é uma forma de violência doméstica que pode se manifestar de diversas maneiras, incluindo o controle financeiro, a retenção de recursos econômicos, a destruição de bens, entre outras ações ou omissões que têm como objetivo ferir a independência financeira e a autonomia da mulher.

A violência patrimonial, enquanto violência de gênero, geralmente ocorre em contextos nos quais há uma relação assimétrica de poder, em que a mulher se encontra em uma posição de desvantagem econômica ou mesmo emocional em relação ao seu parceiro. Essa vulnerabilidade resulta em uma hipossuficiência, o que pode gerar uma dependência econômica da vítima. Portanto, a violência patrimonial deve ser vista como uma forma de exercer controle e poder sobre a mulher, privando-a de recursos essenciais para sua subsistência e autonomia e, assim, uma forma de perpetuar a situação de violência e até mesmo para o seu agravamento.

A Lei Maria da Penha elencou a violência patrimonial em três condutas principais: subtrair, destruir e reter. A subtração refere-se à ação de tirar ou apossar-se dos bens da vítima sem o seu consentimento, a destruição envolve danificar ou inutilizar deliberadamente os pertences da vítima, e a retenção diz respeito à privação do acesso da vítima aos seus próprios recursos econômicos, como salário, poupança ou outros bens.

A subtração, no âmbito penal, pode ser equiparada ao crime de furto (art. 155 do CP), que é a subtração para si ou para outrem, de coisa alheia móvel, sem violência ou grave ameaça à pessoa, ou, se for praticado com emprego de violência ou grave ameaça, pode se enquadrar no crime de roubo (art. 157 do CP).

Quando se trata da conduta de destruir, também no aspecto penal, esta pode ser enquadrada no crime de dano (art. 163 do CP). O dano pode ser qualificado se praticado com violência ou grave ameaça, ou se envolver substâncias inflamáveis ou explosivas, ou ainda por motivos egoísticos, como o ciúme excessivo. Outras formas de manifestação da violência patrimonial enquanto destruição incluem a violação de correspondência (art. 151 do CP) ou a destruição, supressão ou ocultação de documentos (art. 305 do CP), que podem ter implicações ainda mais graves, como a frustração de direitos trabalhistas (art. 203 do CP).

A retenção de bens ou valores, em matéria penal, pode ser enquadrada como apropriação indébita (art. 168 do CP), que ocorre quando alguém, tendo posse ou detenção de coisa alheia móvel, se apropria dela, ou nega-se a devolvê-la, com intenção de assenhoreamento. Na violência patrimonial, isso poderia acontecer quando, por exemplo, um dos cônjuges retém para si parte dos bens comuns do casal que deveriam ser partilhados.

Além desses casos, o estelionato (art. 171 do CP) também pode ocorrer como manifestação de violência patrimonial em contextos de violência doméstica e familiar, quando uma pessoa engana outra, obtendo vantagem ilícita em detrimento da vítima, que é ludibriada e sofre prejuízos de ordem econômica ou financeira.

Como visto, inúmeras condutas que a Lei Maria da Penha define como violência patrimonial também se encontram tipificadas como crime no Código Penal brasileiro. Vale pontuar, entretanto, que violência e crime são conceitos distintos e não devem ser confundidos. Na esfera jurídico-legal, especialmente em razão do princípio da legalidade estrita, a distinção entre violência e crime é crucial para uma compreensão precisa das ações que podem ser tomadas em resposta a cada um desses fenômenos.

A doutrina penal brasileira majoritária compreende o crime como uma conduta (omissiva ou comissiva) descrita em lei como proibida, associada a uma pena ou medida de segurança. A teoria do crime estabelece que, para a caracterização de um delito, é necessário a presença dos seguintes elementos: conduta, resultado, nexos de causalidade, tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Em resumo, o crime ocorre quando alguém realiza uma conduta prevista como crime na lei, produzindo um resultado proibido, com nexos de causalidade, de forma típica, ilícita e culpável.

Por outro lado, a violência é um conceito mais amplo e complexo, que transcende a esfera legal. Enquanto fenômeno empírico, a violência se manifesta de diversas formas e contextos, e pode ocorrer independentemente da existência de uma lei que a defina especificamente. As ciências sociais estudam a violência como um fenômeno social, buscando compreender suas causas, suas manifestações e seus impactos sobre os indivíduos e a sociedade.

Na construção teórica da violência, o desafio inicial é reconhecer que a violência precede sua conceituação teórica, ou seja, ela existe como um fenômeno observável antes mesmo de ser estudada e definida academicamente. A violência se concretiza em ações que causam dano, sofrimento, opressão ou privação, sejam elas físicas ou não.

Para fins de análise teórica, a violência deve ser dividida em diferentes tipos, como a violência simbólica e a violência física. A violência simbólica está relacionada a formas não físicas de violência, como a opressão e a dominação exercidas por meio da linguagem, das instituições e das normas culturais que perpetuam desigualdades e discriminam certos grupos sociais sem necessariamente resultar em danos corporais. Já a violência física é a expressão mais evidente de violência, caracterizada pelo uso da força que resulta em lesão, dor ou morte.

Importante destacar que nem toda violência é criminalizada. Por exemplo, a violência simbólica, como o preconceito e a discriminação, embora possam ser extremamente nocivas, muitas vezes não são enquadradas como crimes pelo ordenamento jurídico. No entanto, certas formas de violência simbólica podem ser penalizadas quando se traduzem em atos discriminatórios ou discursos de ódio que são proibidos por legislações específicas. Ainda assim, existe uma área cinzenta onde comportamentos violentos não são claramente definidos ou proibidos por lei, mas causam danos psicológicos e sociais significativos.

Assim é que é crucial destacar o assédio psicológico como um fator agravante nesse contexto e reconhecer os danos emocionais e mentais causados pela manipulação, intimidação e coerção. De acordo com Bourdieu (2020), esse tipo de violência pode prejudicar significativamente a

autoestima, a confiança e a saúde mental das vítimas, criando um ambiente permeado por ansiedade e medo constantes.

O controle econômico e o assédio psicológico são frequentemente empregados como formas de subjugar as mulheres, restringindo sua autonomia e independência. Isso pode resultar em ciclos de dependência e isolamento, o que reforça a necessidade de abordar essa questão de maneira ampla e sensível (Bourdieu, 2020).

Em 2021, a Lei 14.188 trouxe importantes modificações, incluindo a inclusão do artigo 147-B ao Código Penal (Brasil, 2021), estabelecendo um tipo penal específico para a violência psicológica contra a mulher. Essa redação guarda notável semelhança com o artigo 7º, II, da Lei Maria da Penha.

Ramos (2022), fazendo um comparativo entre as Leis 11.340/2006 e 14.188/2021, conclui que a Lei Maria da Penha se destaca por sua abordagem ampla, buscando não apenas punir o agressor, mas também prevenir e interromper ciclos de violência doméstica e reconhece a complexidade dessas situações, propondo medidas integradas para lidar com a violência de gênero em suas múltiplas manifestações.

A compreensão da violência patrimonial como algo que vai além do aspecto material é essencial para oferecer uma resposta mais eficaz e abrangente a essas situações. O reconhecimento do assédio psicológico como um agravante contribui para uma abordagem mais completa na proteção das mulheres contra diferentes formas de violência, promovendo a justiça e a igualdade de direitos (Ramos, 2022).

Lima (2022) ressalta a relevância da previsão legal da violência patrimonial contra a mulher, enfatizando que essa medida reconhece que a violência não se restringe apenas a agressões físicas ou verbais, podendo se manifestar através do controle econômico e impactando diretamente na habilidade da mulher de se sustentar e de prover as suas necessidades básicas e de sua família.

A violência patrimonial é um tipo de agressão direcionada à mulher, que torna difícil para ela deixar o relacionamento, ao privá-la dos recursos financeiros e materiais necessários para sua independência. Na Lei Maria da Penha, são considerados violência patrimonial os atos que envolvem a retirada, retenção ou danos a objetos, documentos, valores e recursos econômicos (Bianchini, 2018).

Isso pode se manifestar de diversas maneiras, como impedir a mulher de trabalhar, bloquear seu acesso a dinheiro e ativos financeiros compartilhados, controlar suas finanças, utilizar recursos em benefício próprio sem autorização, substituir senhas bancárias, arruinar seu histórico de crédito, deixar

de pagar pensão alimentícia, negar acesso a necessidades básicas, destruir documentos pessoais e danificar objetos importantes para a mulher (Brasil, 2021).

Essas práticas configuram violência patrimonial, de acordo com o que prevê a Lei Maria da Penha. Buscando proteger as vítimas contra situações de violência patrimonial, a Lei Maria da Penha estabelece salvaguardas para a mulher, como a implementação de medidas de proteção urgentes. Estas medidas podem abranger o afastamento do agressor do domicílio, a imposição de distância em relação à vítima, restrições quanto às visitas aos filhos, e outras ações direcionadas a assegurar a segurança da mulher (Almeida, 2023).

Ocorre que a previsão de medidas protetivas de urgência, como único meio de proteção das mulheres vítimas de violência patrimonial não é o suficiente para dar a elas a devida proteção pretendida pela Lei Maria da Penha e pelos tratados internacionais de direitos humanos já mencionados neste estudo.

3. Dos Aspectos Criminais relativos à Violência Patrimonial

De acordo com Almeida (2023), os crimes contra o patrimônio estão previstos no Código Penal brasileiro, e as vítimas de violência doméstica deveriam poder recorrer a essas disposições legais para responsabilizar e punir o agressor. Ocorre que esta possibilidade é inviabilizada, na prática, pela previsão dos artigos 181 e 182 do Código Penal brasileiro que isentam o agente de pena ou exigem a representação da vítima em casos em que há liame familiar e doméstico entre autor do fato e vítima.

A prática criminal, como visto, ainda que confirmada a materialidade e autoria do crime patrimonial praticado em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, traz benefícios como a escusa absolutória prevista no artigo 181, I, do Código Penal, ao réu e, conseqüentemente, a isenção de pena do agente.

As escusas absolutórias, delineadas nos artigos 181 e 182 do Código Penal brasileiro, estabelecem situações em que um agente está isento de pena pela prática de crime contra o patrimônio de cônjuge, ascendente ou descendente, independentemente do tipo de parentesco, seja civil, natural, legítimo ou não (art. 181) e situações em que o agente não está isento de pena, mas a persecução penal depende da representação da vítima, retirando o caráter de incondicionalidade da ação penal (art. 182).

Em termos gerais, as chamadas imunidades absolutas, previstas no art. 181, na esfera jurídico-penal referem-se aos casos em que, embora o réu tenha reconhecidamente praticado um crime patrimonial, há justificativas ou circunstâncias que o isentam da penalidade prevista para aquele delito (Nucci, 2017).

Conforme a análise de Dias (2021), a imunidade ou escusa absolutória é um privilégio de natureza pessoal que, no contexto jurídico penal, resulta na isenção da pena, sem, contudo, eliminar a tipicidade da conduta. Nesse sentido, mesmo que o ato mantenha sua natureza típica, antijurídica e culpável, a pessoa não é passível de punição.

Segundo Nucci (2020), o Código Penal, ao introduzir as escusas absolutórias nos crimes contra o patrimônio de familiares, buscou promover uma política criminal voltada para a resolução de conflitos intrafamiliares. Essa medida visava garantir a preservação da honra familiar, proteger a intimidade e fortalecer os laços afetivos existentes entre os membros da família.

No mesmo sentido, Hungria (1955, p. 324) destaca que:

“a razão dessa imunidade nasceu, no direito romano, fundada na copropriedade familiar. Posteriormente, vieram outros argumentos: a) evitar a cizânia entre os membros da família; b) proteger a intimidade familiar; c) não dar cabo do prestígio auferido pela família. Um furto, por exemplo, ocorrido no seio familiar deve ser absorvido pelos próprios cônjuges ou parentes, afastando-se escândalos lesivos à sua honorabilidade.”

Em apoio a essa perspectiva, para uma maior compreensão da disposição legal do Código Penal, Gonçalves (2020, p. 391) ensina que "a imunidade tem como objetivo evitar conflitos e constrangimentos entre pessoas casadas, independentemente do regime de bens do casamento. Assim, a imunidade se aplica independentemente do regime matrimonial adotado".

Já Sales (1993, p. 83-84) destaca que a escusa absolutória é a "particular espécie de normas que isentam de pena o agente culpável, pela prática do injusto típico, tendo em vista considerações de ordem político-criminal".

No âmbito do artigo 181, a imunidade absoluta é estabelecida para os delitos patrimoniais, tais como furto, apropriação indébita e outros, quando perpetrados pelo cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau, em detrimento de seu parceiro ou parente. Contudo, essa aplicação está condicionada a certas circunstâncias, incluindo a ausência de violência ou ameaça grave, bem como à condição de não acarretar prejuízo a terceiros (Alves, 2023).

Segundo o autor, no contexto específico da violência patrimonial contra a mulher, tema central na Lei Maria da Penha, a exclusão da escusa absolutória pode ocorrer se a relação não preencher os critérios delineados pela legislação. Por exemplo, se não existir uma união estável ou casamento entre o agressor e a vítima, ainda que haja um relacionamento, a possibilidade de aplicação da escusa absolutória pode ser restringida.

Nessa linha de pensamento, como apontam Rodrigues e Da Silva (2021), desde a promulgação da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, os estudiosos passaram a discordar quanto à continuidade da aplicação das imunidades nos casos de crimes em contexto de violência doméstica contra a mulher. Isso será detalhadamente analisado e discutido adiante.

A legislação penal brasileira contém dispositivos que visam a proteção das relações familiares, como as escusas absolutórias previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal. Esses artigos eximem de pena certos crimes cometidos entre parentes próximos, sob o argumento de preservação da harmonia familiar.

No entanto, no contexto de violência doméstica contra a mulher, essas escusas podem perpetuar a impunidade e agravar a vulnerabilidade das vítimas.

No contexto da violência patrimonial, as condutas que poderiam se enquadrar em um delito estão localizadas no Título II da parte especial do Código Penal, intitulado "Dos Crimes contra o Patrimônio", englobando delitos como furto, apropriação indébita, roubo, extorsão, dentre outros. Dentro desse mesmo título, o Código Penal estabelece as denominadas escusas absolutórias nos artigos 181 e 182. As escusas absolutórias se referem a imunidades absolutas previstas no artigo 181 do Código Penal brasileiro², enquanto as chamadas escusas relativas são abordadas no artigo 182³ (Brasil, 1940).

Importante lembrar que os artigos 181 e 182 do Código Penal brasileiro fazem parte do texto legislativo que estabelece as normas penais no Brasil, mantendo-se válidos desde a edição do Código Penal, que ocorreu em 1940.

O artigo 181 do Código Penal brasileiro prevê duas causas de isenção de pena, também conhecidas como imunidades absolutas, nos casos de crimes patrimoniais. As hipóteses são quando o autor do crime comete o delito contra o patrimônio de seu cônjuge, na constância do casamento; e quando o crime patrimonial é cometido contra ascendente ou descendente, independentemente do tipo de parentesco (biológico ou civil). Esse dispositivo legal impede a aplicação de pena ao autor do crime, não permitindo sequer a instauração de ação penal contra ele.

² Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

³ Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;

III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

O artigo 182 do Código Penal brasileiro, por sua vez, trata das hipóteses que não isentam o agente de pena de forma absoluta, mas condicionam a instauração da ação penal à representação da vítima. Os casos previstos no dispositivo englobam situações em que o crime patrimonial é cometido contra ex-cônjuge, ou seja, após o divórcio ou separação judicial; quando a vítima é irmã do agente, bilateral (irmãos com os mesmos pais) ou unilateral (irmãos com apenas um dos pais em comum); e quando a vítima é tio ou sobrinho do agente, com a condição de que haja coabitação. A necessidade de representação da vítima significa que, nesses casos, o Ministério Público só pode oferecer denúncia se a vítima assim o desejar, diferentemente dos crimes de ação penal pública incondicionada, onde o Estado pode perseguir a punição do agente independentemente da vontade da vítima.

Como visto, a aplicação dos artigos 181 e 182 do Código Penal em situações de violência patrimonial, especialmente no contexto de violência doméstica, pode ser motivo de divergências entre doutrinadores e profissionais do Direito. Essas divergências surgem, principalmente, devido à interpretação desses dispositivos legais em relação aos casos específicos desse tipo de violência.

Dias (2019) aborda que diante da atual definição de violência doméstica, que inclui a violência patrimonial, as imunidades absolutas ou relativas dos artigos 181 e 182 do Código Penal não devem ser aplicadas quando a vítima é uma mulher e possuir relação familiar com o autor da infração. Ela enfatiza a inadequação de isentar o infrator de pena quando comete um crime contra sua esposa, companheira ou parente do sexo feminino.

Dias (2019) argumenta que a Lei Maria da Penha reconhece o ato de "subtrair" objetos da mulher como um exemplo de violência patrimonial, que se equipara ao delito de furto. Diante disso, ela sustenta que quando um agente subtrai bens de uma mulher com quem mantém uma relação afetiva, não é mais aceitável a aplicação da escusa absolutória. Dias (2019) também argumenta que o mesmo raciocínio se aplica à apropriação indébita e ao crime de dano. Ela alega que "apropriar" e "destruir", verbos usados pela lei para caracterizar esses delitos, quando cometidos contra a mulher no contexto familiar, não devem ser desconsiderados nem ficarem sujeitos à representação.

A respeito da divergência doutrinária, Guilherme de Souza Nucci (2010) compreende que a Lei Maria da Penha não aboliu a possibilidade de incidência da escusa absolutória prevista no artigo 181 do Código Penal, mantendo-se plenamente válida a isenção de pena prevista para situações de crimes contra o patrimônio ocorridos sem violência ou ameaça grave no ambiente familiar. De acordo com o autor, fora do contexto doméstico, já existe agravante incluída pela própria Lei Maria da Penha, através da adição da alínea f ao inciso II do artigo 61 do Código Penal.

Nucci (2010) enfatiza a dificuldade em justificar que um furto cometido pelo namorado contra a namorada, baseado no artigo 5º, III, da Lei Maria da Penha, seria agravado, enquanto o contrário não ocorreria. Ele aponta que isso evidenciaria uma violação ao princípio da igualdade, uma vez que não há motivo plausível para estabelecer uma diferenciação de tratamento nesse contexto.

Rogério Sanches Cunha (2020) defende que a aplicação dos artigos 181 e 182 do Código Penal não pode ser ignorada, uma vez que a Lei Maria da Penha não revogou de forma explícita esses dispositivos, ao contrário do Estatuto do Idoso, que expressamente exclui a utilização das escusas nos delitos praticados contra indivíduos com mais de 60 anos. Além disso, o autor argumenta que negar a imunidade para o homem, mas concedê-la para a mulher, violaria o princípio constitucional da igualdade perante a lei.

Já Cleber Masson (2016) compreende que a inclusão da violência patrimonial como forma de violência doméstica no artigo 7º, inciso IV, da Lei Maria da Penha foi amplamente respaldada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que reiteraram a constitucionalidade e validade dessa medida. Em virtude disso, o autor assegura que as imunidades penais absolutas e relativas previstas nos crimes cometidos por homens em casos de violência doméstica ou familiar contra a mulher, nos termos do artigo 183, inciso I, do Código Penal, não se aplicariam mais.

Masson (2016) continua explicando que, a partir da vigência da Lei Maria da Penha, todo crime patrimonial realizado em contexto de violência doméstica ou familiar contra a mulher é considerado como uma agressão à pessoa, o que implica na exclusão dos benefícios concedidos pelos artigos 181 e 182 do Código Penal.

Diante desse cenário, o autor considera que é fundamental ressaltar três pontos que corroboram essa posição: primeiramente, a Lei Maria da Penha foi clara ao qualificar a violência patrimonial como violência doméstica, conforme disposto no artigo 7º, inciso IV, o que consequentemente acarreta na aplicação da norma prevista no artigo 183, inciso I, do Código Penal. Além disso, a discussão sobre a constitucionalidade da proteção especial à mulher vítima de violência doméstica, essencial na Lei 11.340/2006, já foi amplamente debatida e consolidada pelos Tribunais Superiores. Essa análise vai além das imunidades penais nos delitos patrimoniais cometidos contra a mulher, demonstrando que a inconstitucionalidade desse raciocínio impactaria toda a estrutura da Lei Maria da Penha. Por fim, completa o autor que é fundamental considerar que a proteção da mulher contra a violência doméstica é um princípio basilar da Lei Maria da Penha, cuja eficácia e importância foram reconhecidas pelas instâncias judiciais superiores (Masson, 2016).

Portanto, a interpretação que vincula a violência patrimonial à violência doméstica, segundo o autor, fortalece a integralidade e efetividade da legislação protetiva, assegurando a devida responsabilização dos agressores e a garantia dos direitos das vítimas.

Muitos doutrinadores seguem a mesma linha de pensamento, sustentando que as imunidades absolutas e relativas permanecem aplicáveis aos delitos praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, para evitar a aplicação analógica prejudicial, considerando o vazio normativo na Lei Maria da Penha, que não estabelece qualquer restrição à aplicação dos artigos 181 e 182 do Código Penal, em contraste com a modificação introduzida pelo Estatuto do Idoso ao incluir o inciso III no artigo 183 do Código Penal.

Para Bianchini (2018):

“Andou bem a Lei Maria da Penha ao dispor, taxativamente, no art. 7º, IV, que a violência patrimonial é uma das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, todavia afirmar que tal definição legal é apta a afastar expressa disposição do Código Penal não é medida que se coaduna com a correta interpretação das leis penais e, sobretudo, com o princípio da estrita legalidade que norteia a aplicação da lei penal”.

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou no mesmo sentido, conforme se observa do julgado abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO (ARTIGO 171, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CRIME PRATICADO POR UM DOS CÔNJUGES CONTRA O OUTRO. SEPARAÇÃO DE CORPOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA ESCUSA ABSOLUTÓRIA PREVISTA NO ARTIGO 181, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. IMUNIDADE NÃO REVOGADA PELA LEI MARIA DA PENHA. DERROGAÇÃO QUE IMPLICARIA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PREVISÃO EXPRESSA DE MEDIDAS CAUTELARES PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. INVIABILIDADE DE SE ADOTAR ANALOGIA EM PREJUÍZO DO RÉU. PROVIMENTO DO RECLAMO. 1. O artigo 181, inciso I, do Código Penal estabelece imunidade penal absoluta ao cônjuge que pratica crime patrimonial na constância do casamento. (...) 3. O advento da Lei 11.340/2006 não é capaz de alterar tal entendimento, pois embora tenha previsto a violência patrimonial como uma das que pode ser cometida no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, não revogou quer expressa, quer tacitamente, o artigo 181 do Código Penal. 4. A se admitir que a Lei Maria da Penha derogou a referida imunidade, se estaria diante de flagrante hipótese de violação ao princípio da isonomia, já que os crimes patrimoniais praticados pelo marido contra a mulher no âmbito doméstico e familiar poderiam ser processados e julgados, ao passo que a mulher que venha cometer o mesmo tipo de delito contra o marido estaria isenta de pena. 5. Não há falar em ineficácia ou inutilidade da Lei 11.340/2006 ante a persistência da imunidade prevista no artigo 181, inciso I, do Código Penal quando se tratar de violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, uma vez que na própria legislação vigente existe a previsão de medidas cautelares específicas para a proteção do patrimônio da ofendida. 6. No direito penal não se admite a analogia em prejuízo do réu, razão pela qual a separação de corpos ou mesmo a separação de fato, que não extinguem a sociedade conjugal, não podem ser equiparadas à separação judicial ou o divórcio, que põem fim ao vínculo matrimonial, para fins de afastamento da imunidade disposta no inciso I do artigo 181 do Estatuto Repressivo. 7. Recurso provido para determinar o trancamento da

As divergências doutrinárias e mesmo os posicionamentos jurisprudenciais apontados acima deixam clara a necessidade de aprofundamento no tema objeto do estudo, inclusive a partir da interpretação sob a perspectiva de gênero trazida pelo protocolo do CNJ.

Verifica-se, assim, que as escusas absolutórias representam não apenas uma discrepância legal, mas também uma falha na interpretação da legislação nacional com o protocolo para julgamento com perspectiva de gênero.

Impõe-se destacar que não se propõe nestas linhas advogar pela revogação dos artigos 181 e 182 do Código Penal, o que se propõe, ao contrário, é que o teor desses dispositivos seja interpretado à luz do Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero do CNJ. Isto significa que somente devem ser afastadas as chamadas escusas absolutórias quando o crime patrimonial intrafamiliar se der em contexto de violência doméstica e familiar, assegurando-se proteção especial à mulher vítima de violência doméstica e familiar, e não simplesmente à mulher, mesmo quando ela é a autora do ato.

Destaca-se que o reconhecimento da inaplicabilidade das escusas absolutórias, pelo reconhecimento da violência patrimonial enquanto violência dirigida à mulher e, em consequência pela necessária aplicação do art. 183, I do CP, não implica na revogação automática dos artigos 181 e 182 do Código Penal, mas ressalta a necessidade de uma interpretação conforme ao protocolo para julgamento com perspectiva de gênero.

Este entendimento reforçaria a necessária observância ao princípio da igualdade, protegendo de forma especial apenas as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, assim como já o faz o microsistema trazido pela Lei Maria da Penha. A esse respeito, a discussão sobre a constitucionalidade da proteção especial à mulher vítima de violência doméstica, tal qual realizada pela Lei 11.340/2006, já foi amplamente debatida e consolidada pelos Tribunais Superiores.

Portanto, a não incidência das escusas absolutórias aos crimes patrimoniais praticados em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher fortalece a integralidade e efetividade da legislação protetiva, assegurando a devida responsabilização dos agressores e a garantia dos direitos das vítimas, mantendo-se plenamente vigente e eficaz aqueles artigos nas demais situações envolvendo a prática de crimes patrimoniais intrafamiliares.

Nesse contexto, Veras e Araújo (2018) ressaltam que a fragilização dos mecanismos de proteção se manifesta na falta de punição efetiva para crimes patrimoniais intrafamiliares em contexto de violência doméstica contra a mulher, contribuindo para a perpetuação de um ciclo de impunidade e violência, desestimulando a denúncia por parte das vítimas, que podem hesitar em buscar ajuda ao perceberem que a legislação não está alinhada com os compromissos internacionais.

4. Identificação da violência patrimonial como violação de direitos

Em sua obra, Ramos (2019) descreve a violência como um fenômeno notavelmente difuso e intrincado, cuja definição escapa de previsões científicas exatas. Ele enfatiza que a interpretação da violência está sujeita a avaliações subjetivas, moldadas por valores culturais, e está em constante reavaliação à medida que os padrões e valores sociais sofrem mudanças ao longo do tempo.

Segundo Maura Regina Modena (2016), devido à ampla gama de definições e facetas associadas à violência, sua investigação pode ser abordada por diversos pontos de vista e por diferentes disciplinas acadêmicas. Isso implica que várias áreas do conhecimento oferecem perspectivas variadas para compreender esse fenômeno complexo:

As ciências partem de diferentes definições de violência, a partir do objeto e do método de sua investigação. Nesse sentido, a violência pode ser descrita, analisada e interpretada pela sociologia, antropologia, biologia, psicologia, psicanálise, teologia e filosofia e pelo direito. Os especialistas desses ramos do conhecimento e de outros falam da violência acentuando um ou mais aspectos, porém raramente considerando o fenômeno como uma totalidade. Por isso, o estudo filosófico, apesar de poucos filósofos investigarem o assunto, tem a tarefa de problematizar o conceito, reformular as perguntas sobre a violência, a partir de uma visão ampla que envolve aspectos metafísicos, epistemológicos e éticos (Modena, 2016).

O reconhecimento e a abordagem da violência de gênero contra as mulheres ganharam força principalmente devido aos movimentos feministas e aos esforços em prol dos Direitos Humanos, promovidos por conferências internacionais no século XX.

Costa, Fontes e Hoffmann (2021) observam que as inúmeras convenções internacionais serviram como pilares legais essenciais para a proteção dos direitos humanos, tendo impactos positivos significativos no avanço da compreensão e na luta contra a violência direcionada às mulheres. A identificação mais clara desse tipo de violência levou grupos feministas a unirem forças com outras entidades, como associações dedicadas à defesa dos direitos humanos e organizações internacionais. Juntos, esses atores têm analisado e trabalhado para mitigar esse problema persistente. Essa união de

esforços representa uma abordagem colaborativa e multidisciplinar crucial para lidar com a questão da violência contra as mulheres.

Sacramento e Rezende (2006) relatam que, no ano de 1993, a comunidade global reconheceu a violência contra as mulheres como uma questão de direitos humanos e como uma manifestação de desigualdade de gênero durante a Declaração de Viena da Conferência Mundial de Direitos Humanos. Conforme os autores, atualmente essa conexão entre violência contra as mulheres, direitos humanos e a situação das mulheres estar solidamente estabelecida no direito internacional e nos debates globais sobre legitimidade democrática.

Por meio da assinatura de convenções e acordos internacionais, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, a Declaração de Viena, a Convenção Interamericana sobre Violência contra as Mulheres, o Protocolo de Maputo, a Plataforma de Ação de Pequim e a Convenção, a maioria dos estados se comprometeu a aderir a essas normas. Esse compromisso representa um reconhecimento e uma tentativa de implementar padrões internacionais destinados a combater e prevenir a violência direcionada às mulheres (Sacramento; Rezende, 2006).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, principal objeto de estudo enquanto parâmetro de convencionalidade nesta dissertação, é um tratado internacional adotado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 9 de junho de 1994, na cidade de Belém do Pará e é um marco na luta contra a violência de gênero nas Américas, representando um compromisso dos Estados signatários para combater e prevenir a violência contra as mulheres, em todas as suas formas.

A incorporação da Convenção de Belém do Pará no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu através do Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996, como mencionado detalhadamente em tópico próprio. Ao ratificar o tratado, o Brasil se comprometeu a adotar medidas jurídicas, políticas, administrativas e culturais necessárias para promover e proteger os direitos humanos das mulheres e garantir a eliminação da violência de gênero.

A definição de violência contra a mulher na Convenção vai além do âmbito físico, incluindo também o sofrimento psicológico e sexual, seja na esfera pública ou privada. Além disso, o artigo 7º da Convenção destaca a condenação de todas as formas de violência contra a mulher e a necessidade de adotar políticas para prevenir, punir e erradicar essa violência. Ao aderir à Convenção, o Brasil assumiu o compromisso de exercer due diligence juntamente com os demais países signatários, visando prevenir, investigar e punir todas as formas de violência contra as mulheres.

Assim, a Convenção de Belém do Pará desempenha um papel fundamental na proteção dos direitos das mulheres e na promoção da igualdade de gênero. Ela serve como um instrumento legal importante que orienta os Estados Partes na criação e implementação de políticas eficazes para combater a violência de gênero, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária para todas as pessoas, independentemente do gênero.

O Guia para la Aplicación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer detalha a forma como os Estados Partes devem implementar a Convenção. As quatro premissas iniciais para a sua aplicação incluem a compreensão da violência contra a mulher como uma violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e como uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens; o reconhecimento de que a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de discriminação que impede seriamente as mulheres de desfrutar de direitos e liberdades em pé de igualdade com os homens; a inclusão de uma definição ampla de violência contra a mulher que abrange tanto o âmbito público quanto o privado; o compromisso dos Estados Partes em adotar políticas abrangentes para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e em promover a pesquisa e coleta de estatísticas e outras informações relevantes para formular e implementar essas políticas.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340), promulgada em 7 de agosto de 2006, é considerada um dos resultados diretos da influência da Convenção de Belém do Pará no Brasil, destinada a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher no contexto doméstico e familiar, tendo sido inspirada pelos princípios e compromissos assumidos na Convenção de Belém do Pará, refletindo várias de suas disposições (Brasil, 2006).

A desigualdade historicamente existente entre homens e mulheres levou à necessidade de uma legislação específica e mais severa para proteger as mulheres vítimas de violência doméstica no Brasil.

O artigo 7º, inciso IV da Lei Maria da Penha aborda a questão da violência patrimonial. Essa forma de violência inclui ações que envolvem a retenção, subtração ou destruição do patrimônio da mulher. A destruição compreende danos parciais ou totais a objetos pessoais, instrumentos de trabalho, documentos, bens, valores e direitos, além de recursos econômicos destinados a atender às suas necessidades (Ximenes et al., 2019).

Ximenes et al. (2019) sugere que muitas mulheres podem não estar cientes de que a retenção, subtração ou destruição de seus pertences pessoais constitui violência, conforme definido pela

Lei Maria da Penha. Esse desconhecimento pode resultar na falta de reconhecimento dessas ações como formas de agressão e, conseqüentemente, na subnotificação desse tipo de violência. A violência patrimonial geralmente não é um caso isolado, frequentemente sendo utilizada como um meio para perpetuar agressões físicas ou psicológicas contra a vítima. Em muitos casos, durante os conflitos, o agressor recorre à estratégia de privar a vítima de seus pertences como forma de silenciá-la e mantê-la sujeita à agressão.

No que se refere aos direitos da mulher no caso de violência patrimonial, Tannuri e Gagliato (2012) destacam que a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, oferece medidas protetivas específicas para lidar com esse tipo de violência, visando à salvaguarda do patrimônio da mulher diante desse tipo de agressão. Entretanto, apesar da relevância dessas medidas, os autores apontam que elas são pouco utilizadas pelos magistrados. Isso se deve, em grande parte, à baixa procura por parte das vítimas em buscar e garantir seus direitos nesse contexto específico de violência patrimonial.

Trata-se, portanto, de uma disposição para a tutela cautelar civil que visa proteger os bens da mulher em situações de convivência com o agressor, seja no contexto conjugal ou em outras relações. O magistrado tem a prerrogativa de aplicar essas medidas de maneira incidental, seja em processos penais ou em ações civis por danos causados por atos ilícitos (Souza; Kümpel, 2008).

Conclui-se assim, que o reconhecimento da violência patrimonial como uma violação de direitos é crucial para promover a conscientização e prevenção desse tipo de agressão. A implementação de políticas públicas é essencial para oferecer suporte às vítimas, incluindo serviços de assistência jurídica, orientação financeira e apoio psicológico. Além disso, campanhas de conscientização desempenham um papel fundamental na educação da sociedade sobre a violência patrimonial, seus impactos e formas de prevenção.

5. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um documento fundamental que visa orientar e capacitar o Poder Judiciário para a realização de julgamentos com uma abordagem sensível às questões de gênero. Este protocolo foi lançado em 2021 e é inspirado em iniciativas semelhantes de outros países, como o México⁴, atendendo também aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU.

⁴ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/protocolo-internacional-e-book.pdf> Acesso em 07/06/2024.

O protocolo busca promover uma justiça mais equitativa e inclusiva, reconhecendo que as desigualdades de gênero influenciam diretamente a experiência das mulheres no sistema judiciário. Ele oferece diretrizes práticas para que juízes e juízas possam identificar e mitigar preconceitos inconscientes e estereótipos de gênero que possam afetar suas decisões. Além disso, o protocolo enfatiza a importância de compreender o contexto social e cultural em que as mulheres vivem, especialmente em casos de violência doméstica e familiar.

Inspirado por iniciativas internacionais, como as diretrizes estabelecidas no México, o protocolo brasileiro adapta essas práticas à realidade local, considerando as especificidades da legislação e da sociedade brasileira. Ao alinhar-se com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, o protocolo reforça o compromisso do Brasil com a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas.

A implementação do protocolo visa não apenas melhorar a qualidade das decisões judiciais, mas também aumentar a confiança das mulheres no sistema de justiça, garantindo que seus direitos sejam plenamente respeitados e protegidos. Em última análise, o protocolo representa um avanço significativo na luta contra a violência de gênero e na promoção de uma sociedade mais justa e igualitária.

O protocolo visa capacitar a magistratura fornecendo diretrizes claras e práticas para que juízes e juízas possam julgar casos concretos com uma perspectiva de gênero. Isso envolve, entre outras coisas, o reconhecimento das desigualdades de gênero, identificando e reconhecendo as desigualdades de gênero que afetam mulheres e meninas, tanto no contexto social quanto no judicial; a capacitação de juízes para compreender as dinâmicas específicas da violência de gênero, especialmente a violência doméstica e familiar, e como essas dinâmicas influenciam os casos que chegam ao tribunal; a promoção de formação contínua dos magistrados em questões de gênero, garantindo que estejam sempre atualizados sobre as melhores práticas e novas legislações relacionadas ao tema.

Também é objetivo do Protocolo promover a igualdade de gênero no sistema judiciário, o que é alcançado por meio de decisões justas e equitativas, garantindo-se que as decisões judiciais não perpetuem discriminações ou estereótipos de gênero, mas sim promovam a justiça e a equidade; a sensibilização dos magistrados sobre a importância de considerar as questões de gênero em suas decisões, evitando julgamentos baseados em preconceitos ou estereótipos; o incentivo à implementação de políticas de igualdade de gênero dentro do sistema judiciário, promovendo um ambiente mais inclusivo e justo para todos.

Igualmente, a ampliação do acesso à justiça para mulheres e meninas, especialmente em casos de violência doméstica e familiar, o que inclui a proteção das vítimas de violência de gênero, por meio de medidas protetivas e um julgamento justo e rápido; o oferecimento de apoio e orientação às vítimas, garantindo que elas conheçam seus direitos e os recursos disponíveis para sua proteção e recuperação; e a remoção de barreiras, identificando-as e removendo-as sempre que impeçam o acesso das mulheres à justiça, como preconceitos institucionais, falta de informação, recursos inadequados, interpretação adequada dos dispositivos legais, o que inclui o tema central deste estudo: uma interpretação conforme do artigo 183 do Código Penal brasileiro.

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ é um instrumento essencial para promover uma justiça mais equitativa e sensível às questões de gênero. Ao capacitar a magistratura, promover a equidade de gênero e ampliar o acesso à justiça, o protocolo contribui significativamente para a proteção e empoderamento das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Neste sentido, a adequada interpretação do inciso I (parte final) do artigo 183 do Código Penal brasileiro⁵; ou seja; à luz do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ viabilizaria o reconhecimento da violência patrimonial enquanto violência dirigida à pessoa da mulher no momento da prática do crime patrimonial e, portanto, poderia acarretar o afastamento das escusas absolutórias previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal brasileiro.

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero pode contribuir para uma nova interpretação do artigo 183 do Código Penal brasileiro reconhecendo que crimes patrimoniais cometidos em contexto de violência doméstica contra a mulher geralmente envolvem violência (física ou psicológica) dirigida à pessoa da mulher. Isso, por si só, já desafia a aplicação automática das escusas absolutórias, pois tais crimes não ocorrem sem o emprego de violência ou grave ameaça.

Ao a interpretação sensível ao gênero proposta, o Poder Judiciário passa a considerar as desigualdades e as dinâmicas de poder que caracterizam a violência doméstica, levando a uma interpretação mais justa e equitativa das leis penais, afastando a aplicação das escusas absolutórias em casos onde a violência contra a mulher está presente.

O Protocolo fornece diretrizes específicas para que os juízes possam identificar e considerar as nuances dos casos de violência doméstica, garantindo que a justiça seja aplicada de

⁵ Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;

II - ao estranho que participa do crime.

III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)

maneira que proteja e empodere as vítimas, em vez de perpetuar a impunidade dos agressores. Isto porque, com efeito, a isenção de pena prevista no artigo 181 do Código Penal brasileiro e a necessidade de representação prevista no artigo 182 do mesmo Codex inviabilizam o reconhecimento da mulher como titular de patrimônio jurídico próprio, dissociado de seu cônjuge ou de outro membro familiar, além de ignorar o emprego e a caracterização da violência patrimonial prevista no art. 7º, IV, da Lei Maria da Penha enquanto violência dirigida à pessoa.

6. Conclusão

A análise do artigo 183 do Código Penal brasileiro sob uma perspectiva de gênero revela a necessidade urgente de uma interpretação que reconheça a complexidade dos crimes patrimoniais cometidos em contextos de violência doméstica contra a mulher. Este estudo demonstrou que tais delitos frequentemente envolvem violência ou grave ameaça à integridade física ou psicológica da vítima, o que justifica a exclusão das escusas absolutórias previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal.

Nesse sentido, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emerge como um instrumento crucial para orientar essa nova interpretação, promovendo uma aplicação da justiça sensível às questões de gênero. A revisão bibliográfica e a análise do Protocolo e do Código Penal sustentam a argumentação de que a violência doméstica e familiar contra a mulher deve ser abordada com um olhar atento às dinâmicas de poder e controle que permeiam esses crimes.

Portanto, este trabalho contribui para o debate sobre a interpretação das leis penais em casos de violência doméstica, ressaltando a importância de uma abordagem jurídica que reconheça e combata as desigualdades de gênero. A adoção de uma perspectiva de gênero na interpretação do artigo 183 do Código Penal é essencial para garantir uma justiça mais eficaz na proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. A implementação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ é um passo crucial para garantir que o sistema judiciário brasileiro responda de maneira adequada e sensível a essas questões.

Os crimes patrimoniais em contextos de violência doméstica não são meros atos isolados de apropriação indevida de bens ou dano, mas sim manifestações de um ciclo contínuo de abuso e controle. A violência patrimonial, muitas vezes, está interligada a outras formas de violência, como a física, psicológica e até sexual, criando um ambiente de medo e submissão para a vítima.

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ oferece diretrizes específicas para que juízes e operadores do direito possam identificar e considerar essas nuances ao

julgar casos de violência doméstica. Ele enfatiza a importância de uma abordagem abrangente que leve em conta o histórico de violência e o contexto em que os crimes ocorreram, ao invés de uma análise isolada dos atos.

Além disso, a aplicação do Protocolo visa garantir que as decisões judiciais não perpetuem estereótipos de gênero ou minimizem a gravidade dos crimes cometidos. Ao reconhecer a violência patrimonial como parte integrante da violência doméstica, o judiciário pode adotar medidas mais eficazes para proteger as vítimas e responsabilizar os agressores.

Assim é que uma nova interpretação do artigo 183 do Código Penal, à luz do Protocolo do CNJ, não só reforça a proteção legal às mulheres, mas também promove a justiça. Este estudo, portanto, não apenas contribui para o entendimento jurídico, mas também para a transformação social, ao advogar por um sistema de justiça que reconheça e combata as desigualdades de gênero de maneira efetiva.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Isabella Rodrigues de. **A violência patrimonial na lei no 11.340/06 e a eficácia das medidas protetivas**. 2023. Disponível em:

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/36794> . Acesso em 07/05/2024.

ALVES, Sara de Sousa. **A escusa absolutória em crimes praticados em contexto de violência doméstica na perspectiva do STJ: uma análise do recurso em Habeas Corpus Nº 42.918/RS, 2023**.

Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/35478/1/2023_SaraDeSousaAlves_tcc.pdf Acesso em: 04/04/2023.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei n.11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BITTAR, E. C. B.; ALVES, L. A. **Direito civil: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina: a condição feminina e a violência simbólica**. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2020.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro (1940)**. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.

CEJIL. (2016). **Violência contra a mulher: uma abordagem de direitos humanos**. San José: CEJIL.

- Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2020). **Protocolo de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar**. Recuperado em:
<http://www.cnj.jus.br/campanhas/protocolo-de-atendimento-as-mulheres-vitimas-de-violencia-domestic-a-e-familiar>
- COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. **Stalking: o crime de perseguição ameaçadora**. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academia-policial-stalking-crime-perseguido-ameacadora/>
Acesso em: 02/03/2023.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2020.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 7.ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021.
- FREIXES, Tereza Cristina da Costa. (2018). **O Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero do CNJ e o papel do Direito Penal na promoção da igualdade de gênero**. In: Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, p. 45-60.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 4º. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 7.
- LIMA, Thaís de Souza. **Crimes patrimoniais contra mulheres na constância do casamento e a utilização das escusas absolutórias: a necessidade de superação do precedente do STJ**. 2022.
- MACKINNON, C. A. (2013). **Feminist Theory of the State**. Cambridge: Harvard University Press.
- MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte especial**. Vol. 2. São Paulo: Método, 2016.
- MODENA, Maura Regina. **Conceitos e formas de violência**. – Caxias do Sul, RS: EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2016. 176p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4ª ed. Rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal. v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2020, p. 572.
- RAMOS, Ana Luísa Schmidt. **Violência Psicológica Contra a Mulher: o dano psíquico como crime de lesão corporal**. E Mais editora & Livraria Jurídica [E-book], n. 2, 2019.
- RAMOS, Ana Luísa Schmidt. **Violência psicológica contra a mulher: dano emocional e aspectos criminais**. 3. ed. - Florianópolis: Emais, 2022.
- RODRIGUES, Débora; DA SILVA, Silvio Erasmo Souza. **A (im) possibilidade da incidência das escusas absolutórias nos casos de crimes de violência patrimonial na lei maria da penha**. Revista de Direito, v. 12, n. 1, p. 44-60, 2021
- SACRAMENTO LT, REZENDE MM. **Violências: lembrando alguns conceitos**. Canoas: Aletheia, n. 24, 2006.
- SALES, Sheila Sheila Jorge Selim de. **Do Sujeito ativo na parte especial do código penal**. Imprensa: Belo Horizonte, Del Rey, 1993.
- SILVA, S. R.; FARIAS, M. C.; GOMES, L. F. **Violência doméstica contra a mulher e legislação brasileira: análise crítica da Lei Maria da Penha em seu aspecto processual penal**. Revista Direito GV, v. 14, n. 1, p. 173-196, 2018.
- SOUZA, L. A. de; KUMPEL, V. F., **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/2006**, 2ª ed., São Paulo: Método, 2008, p. 121
- TANNURI, C. A.; GAGLIATO, C.M.T. **Medidas Protetivas de Cunho Patrimonial**. Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br>. Acesso:08/09/2012.
- VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; ARAÚJO, Gabriela Nivoliers Soares de Sousa. **Controle da convencionalidade dos artigos 181 e 182 do Código Penal (escusas absolutórias) nos crimes patrimoniais de violência doméstica e familiar contra a mulher**. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade. v. 9. n. 2. jul/dez 2018.
- XIMENES, Angela Virgínia Brito et al. **Descortinando invisibilidades: violência patrimonial e a fixação de alimentos para vítimas de violência doméstica**. 2019.

**LEI DE DROGAS: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS CRITÉRIOS SUBJETIVOS
UTILIZADOS PARA DIFERENCIAR O USUÁRIO X TRAFICANTE E OS
IMPACTOS CAUSADOS EM NOSSA SOCIEDADE**

**DRUG LAW: A CRITICAL ANALYSIS OF THE SUBJECTIVE CRITERIA USED TO
DIFFERENTIATE BETWEEN USERS AND TRAFFICKERS AND THE IMPACT IT
HAS HAD ON OUR SOCIETY**

Marcos Caio Matias Sales de Souza e Silva¹

Ana Paula Lopes Ribeiro²

RESUMO

O presente artigo científico aborda a respeito de uma análise crítica sobre os critérios sub(objetivos) utilizados para diferenciar o usuário x traficante, e os impactos causados em sociedade para os cidadãos na lei n.º 11.343/06 (Lei de Drogas). A grande problemática em relação ao tema, é a ausência/indefinição de critérios objetivos, descrito por lei ou jurisprudência, que faz a distinção entre usuário e traficante, ocasionando uma série de problemas, como por ex.: insegurança jurídica, valoração social, racismo estrutural, decisões injustas, que prejudicam principalmente a população mais vulnerável da sociedade. O tema supracitado é de suma importância na atualidade, pois está sendo debatido atualmente em nossa suprema corte e também em cortes internacionais, sobre o avanço presente na sociedade em relação à prevenção, tratamento, repressão e descriminalização de algumas substâncias ilícitas psicotrópicas. Desta forma, o principal objetivo deste artigo é realizar uma análise crítica acerca dos principais pontos da lei de drogas, indicando os problemas ainda presentes na legislação atual e de propor possíveis mudanças contribuindo para o desenvolvimento de nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chaves: lei de drogas; critérios subjetivos; usuário x traficante.

¹Graduando em direito pela Universidade Unigranrio/AFYA, e-mail: marcoscaio66@hotmail.com

² Advogada. Doutoranda em direito econômico e empresarial; Doutoranda em direito penal, Mestre em direito penal, processo penal e criminologia. Professora da Universidade Unigranrio/AFYA. e-mail: anap.ribeiro@unigranrio.edu.br

ABSTRACT

This scientific article addresses a critical analysis of the sub(objective) criteria used to differentiate the drug user vs. drug dealer, and the impacts caused in society for citizens in law no. 11.343/06 (drug law). The major problem regarding the topic is the absence/lack of definition of objective criteria, described by law or jurisprudence, which makes the distinction between user drug user and drug dealer, causing a series of problems, such as: legal uncertainty, social valuation, racism structural, unfair decisions, which mainly harm the most vulnerable population in society. The aforementioned topic is of utmost importance today, as it is currently being debated in our supreme court and also in international courts, regarding the current progress in society in relation to the prevention, treatment, repression and decriminalization of some illicit psychotropic substances. Therefore, the main objective of this article is to carry out a critical analysis of the main points of drug law, indicating the problems still present in current legislation and proposing possible changes contributing to the development of our legal system.

Key Words: drug law; subjective criteria; drug user x drug dealer.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico traz a importância de refletirmos à luz da Lei nº 11.343/2006 (Lei de drogas), sobre um tópico que está em voga entre doutrinadores e estudiosos da área, mas também em nossa suprema corte, no tocante a uma análise crítica sobre os critérios (sub)objetivos utilizados para distinguir a figura do usuário e do traficante na lei de drogas e os impactos causados aos indivíduos em sociedade.

Primeiramente, o artigo científico em questão aborda a evolução histórica do uso de drogas com base na origem e desenvolvimento da sociedade, buscando compreender como foi adotada a política proibicionista³ por parte dos Estados e também em nosso ordenamento jurídico, observando principalmente a criação das primeiras legislações internacionais e nacionais em relação à repressão do usuário e traficante de drogas.

Em seguida, o texto descreve as noções de drogas, usuário e traficante, descritos nos respectivos artigos 1º, 28 e 33 da lei de drogas. O texto então, conceitua cada uma dessas figuras, com o objetivo de estabelecer na prática a incidência do tipo normativo mencionado, estabelece também como funciona a distinção entre o usuário de drogas e o traficante de drogas, haja vista que são crimes diferenciados pela intenção do agente, e posteriormente a análise crítica dos critérios subjetivos utilizados para distinção dos casos concretos. Além disso, temos a análise do recurso extraordinário 635.659/SP⁴, interposto pela Defensoria Pública, para um preso que possuía 0,3g de maconha em uma unidade prisional, expondo sobre a hipótese de inconstitucionalidade do artigo 28.

Posteriormente, a pesquisa expõe sobre a ausência de critérios objetivos ou critério relativo/indefinido, descrito por lei ou jurisprudência, que descreve imprecisamente a distinção entre usuário x traficante, gerando dúvidas e admitindo várias interpretações acerca das hipóteses expressas, causando diversos problemas, como a insegurança jurídica⁵, seletividade penal⁶ e decisões injustas.

Por fim, a política comparada refere-se a como funciona a legislação de drogas em outro países, buscando informações e dados referente a seus critérios subjetivos e objetivos e a influência desses critérios na prática. Dessa forma, tem a finalidade de observar o nosso ordenamento jurídico, em relação aos critérios utilizados no Brasil, comparando aos critérios

³ Política proibicionista: política que visa a repressão no combate às drogas.

⁴ RE 635.659/SP: Recurso extraordinário que tratou da constitucionalidade de dispositivos da lei de drogas.

⁵ Insegurança Jurídica: incerteza ou falta de previsibilidade na relação jurídica e no sistema legal - norma que gera dúvidas em relação a sua aplicação, podendo gerar danos ao acusado.

⁶ Seletividade penal: refere-se a aplicação das leis penais de maneira desigual, privilegiando certos grupos em detrimento de outro.

utilizados na América do Sul e Europa, para buscar critérios mais justos e determinados à população, assim, evitando danos aos acusados.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na antiguidade, as substâncias psicotrópicas estavam presentes em diversos povos ao redor do mundo, seja nas antigas civilizações, que utilizavam plantas e frutos com efeitos psicoativos, sendo consideradas “sagradas”, manipuladas não só em rituais religiosos, mas também na medicina da época por conta das propriedades curativas que elas possuíam. Acerca desse entendimento, define o site Toda Matéria (Toda Matéria, 2013):

Nas antigas civilizações, muitas plantas que possuíam efeitos psicoativos eram utilizadas nos rituais religiosos. Segundo estudos, os chineses são, provavelmente, um dos primeiros povos a utilizar a maconha (4000 a.C.) enquanto os sumérios, o primeiro povo a utilizar o ópio (3500 a.C.) conhecida por eles como a “flor do prazer”.⁷

A vista disso, os primeiros registros de substâncias psicotrópicas no mundo, são observadas nas primeiras civilizações do mundo, onde eram utilizadas em rituais funerários, cultos religiosos, medicina da época, dentre inúmeras possibilidades de utilização na época. A respeito desse entendimento, define o site Toda Matéria (Toda Matéria, 2013):

Acredita-se que o ser humano começou a utilizar drogas naturais observando o comportamento dos animais que consumiam determinadas plantas. Curiosos, os homens provavam e, por meio dos efeitos, acreditavam que essas plantas tinha um caráter divino e assim, os nativos passaram a venerá-la.⁸

No entanto, com o desenvolvimento da sociedade moderna, fica evidente que além dessas hipóteses previstas acima, as drogas passaram a ter um caráter mais recreativo, sendo utilizadas por diversas pessoas com o objetivo de relaxamento e prazer, principalmente como escapismo⁹. Situação essa que aumenta bastante o número de dependentes, tendo em vista que a droga é utilizada por diversos tipos de pessoas na sociedade. Ou seja, o uso excessivo de drogas se tornou um problema nas sociedades atuais, considerando o risco à saúde pública da população, visto a dependência que as substâncias acarretam, mas também o enriquecimento de facções criminosas que lucram com as vendas.

⁷ **Drogas**. Toda Matéria. 2013. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/drogas/>. Acesso em: 28 out. 2024.

⁸ *idem*, *ibidem*.

⁹ Escapismo: refere-se ao comportamento de buscar alívio, distração ou fuga da realidade por meio do consumo de substâncias psicoativas.

2.1 CONTEXTO MUNDIAL

No âmbito mundial, houve uma grande repressão às drogas, visto o uso abusivo das substâncias entorpecentes e o risco que causava a saúde pública da população de diversos países. Nesse contexto, o primeiro registro de proibição das drogas veio com influência da conferência internacional de ópio, considerando que essa substância era uma das mais utilizadas no mundo inteiro.

Em razão disso, o uso excessivo das substâncias pela população levou muitos países a adotar políticas públicas proibicionistas visando inibir o uso e o comércio da substância, como no caso dos Estados Unidos, que ficou marcado pelo crescimento do número de dependentes químicos de ópio e cocaína, levando ao parlamento em 1914 a aprovar uma das primeiras políticas modernas, versando sobre a ilegalidade na questão das drogas, também conhecida como "Harrison Narcotic Act"¹⁰. O ato em questão estabelecia normas para combate às drogas, principalmente em relação ao ópio e a cocaína, criando inclusive a figura do usuário, com uma sanção de tratamento médico, e a figura do traficante, aplicando a pena privativa de liberdade.

No ano de 1937, a maconha se equiparou ao patamar de outras substâncias, dando início então ao extremo combate do uso e comércio de drogas no país, combate esse que ficou marcado pela ampla violência, estigmatização¹¹, exclusão social, penas severas, dentre outras coisas. Contudo, a lei supracitada que inicialmente foi eficaz, aumentou a repressão, gerando o encarecimento da droga, e conseqüentemente a valorização do tráfico, situação essa que aumentou mais ainda a repressão acerca dessa questão. A respeito disso, afirma Gary Becker e Kevin Murphy (BECKER; MURPHY, 2013):

o paradoxo da guerra contra as drogas é que quanto mais os governos pressionam a luta, mais altos os preços das drogas se tornam para compensar o aumento dos riscos. Isso leva a maiores lucros para os traficantes, que fogem da justiça. É por isso que as maiores gangues de drogas geralmente se beneficiam de uma guerra mais dura contra as drogas, especialmente se a guerra tem como alvo principal os traficantes e não as grandes gangues. Além disso, na medida em que uma guerra é mais agressiva contra as droga leva os traficantes a responder com níveis mais

¹⁰ Harrison Narcotic Act: Lei federal dos Estados Unidos que regulamentava e tributava a produção, importação e distribuição de produtos de ópio e cocaína.

¹¹ Estigmatização: refere-se ao processo pelo qual indivíduos que são acusados ou condenados por crimes são rotulados de forma negativa.

elevados de violência e corrupção, um aumento na aplicação da lei pode exacerbar os custos impostos à sociedade.¹²

Dessa forma, em 1971 o presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, fez um discurso para a população declarando que o uso abusivo de drogas seria o inimigo número um dos EUA, situação essa que levou outros países a adotarem essa política proibicionista.

2.2 CONTEXTO NACIONAL

Com o crescimento do uso excessivo de ópio por volta do ano de 1912, o Brasil influenciado pelo contexto internacional adotou as políticas públicas com o objetivo de regulamentar o consumo e comércio de outras substâncias entorpecentes no mundo. A visto disso, em 1915 sancionou em seu território o decreto 11.481/1915¹³, visando impedir o uso excessivo de ópio, morfina, cocaína e seus derivados, tendo em vista que o uso excessivo dessas substâncias já estava se tornando um problema em outros países do mundo.

Com isso, a primeira legislação sobre drogas foi criada somente em 1921, sendo o decreto 4.294/1921¹⁴, que estabelecia penalidades para os contraventores na venda de cocaína, ópio, morfina e seus derivados. Já em 1940, foi editada o código penal, prevendo o crime de posse de substâncias entorpecentes e tráfico de drogas, onde estava no capítulo de "crimes contra a saúde pública".

No ano de 1964, foi adicionado o crime de plantio, e posteriormente em 1968, o crime de preparar ou produzir, deixando expresso que as penas se aplicariam ao indivíduo que trouxesse consigo "para uso próprio" as substâncias entorpecentes. Período esse que as prisões em relação ao uso e tráfico aumentaram muito por conta do viés proibicionista. Ou seja, essa política de repressão ganhou força, pois o Brasil estava presente na Convenção Internacional do Ópio. Em razão disso, explica Elisaldo Araújo Carlini (CARLINI, 2006):

¹² BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M. **Have we lost the war on drugs?**. Wall Street Journal. Nova York, 2013. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB1000142427887324374004578217682305605070>. Acesso em 28 out. 2024.

¹³ BRASIL. **Decreto 11.481, 10 de fevereiro de 1915**. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo protocolo de Encerramento, assinados na Haya, a 23 de Fevereiro de 1912. Diário Oficial da União, 1915. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-republicacao-98061-pe.html>. Acesso em 28 out. 2024.

¹⁴ BRASIL. **Decreto 4.294, de 06 de julho de 1921**. Estabelece penalidades para contraventores na venda de cocaína, ópio e morfina e seus derivados: crêa um estabelecimento penal para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas: estabelece formas de processo e julgamento e manda abrir os créditos necessários. Diário Oficial da União, 1921. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html>. Acesso em 28 out. 2024.

Esta postura repressiva permaneceu durante décadas no Brasil, tendo para isso o apoio da Convenção única de entorpecentes, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1961, da qual o Brasil é signatário. Como sabemos, essa convenção ainda considera a maconha como uma droga extremamente prejudicial à saúde e à coletividade, comparando-a à heroína e colocando-a em uma das listas condenatórias.¹⁵

Dessa forma, marcada pela preocupação mundial sobre o uso excessivo das substâncias psicotrópicas e pelo amplo comércio, foi na década de 70 com a influência dos Estados Unidos, do presidente Richard Nixon, e a sua política proibicionista, que o Brasil instituiu a lei de tóxicos no Brasil, visando proibir tanto a venda, quanto o comércio no país.

2.3 LEI DE TÓXICOS DE 1976

A lei nº 6.368 de 1976, também conhecida como “lei de tóxicos”, ganhou essa fama por dar ênfase na regulamentação de controle de substâncias psicotrópicas, sendo um importante marco para a legislação brasileira na política de combate às drogas no Brasil. Com isso, a lei estabeleceu uma abordagem severa e repressiva em relação ao usuário e ao traficante de drogas, onde previa em seus artigos 12 a 19, penas privativas de liberdade de detenção e reclusão, onde o quantitativo variava de três a quinze anos de prisão.

Ou seja, a abordagem da lei acima era punitiva, dando ênfase na repressão do uso e do tráfico, impondo as penalidades severas para ambas as figuras, não distinguindo a espécie de sanção aplicada no caso concreto, e sem considerar qualquer medida educativa de tratamento ou reabilitação como temos nos dias atuais.

É de suma importância frisar que a lei de tóxicos também não definiu em seus artigos qualquer critério utilizado para diferenciar o usuário do traficante, seja esses critérios subjetivos ou objetivos, ficando então a critério do juiz natural, a análise e o julgamento do caso concreto, impondo as sanções previstas em lei (pena privativa de liberdade e multa) com base nas circunstâncias levadas a juízo pelos agentes e autoridades policiais.

Nesse contexto, a ausência de critérios subjetivos ou objetivos para diferenciar o usuário e o traficante foi alvo de bastante críticas por parte de doutrinadores e estudiosos da área, visto que deixava uma lacuna na lei, assim ficando a critério do juiz competente para julgar os acusados. Ou seja, diante da repressão prevista à figura do usuário e do traficante, e pela ausência de critérios para diferenciar ambas as figuras, foi imprescindível a criação de

¹⁵ CARLINI, Elisaldo Araújo. **A história da maconha no Brasil**. In: *Journal brasileiro de psiquiatria*. V. 55, n. 4. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/jbpsiq/a/xGmGR6mBsCFjVMxtHjdsZpC>. Acesso em: 28 out. 2024.

outra lei para atualizar esses dispositivos e dar mais segurança jurídica para os acusados julgados por esta legislação.

3 LEI DE DROGAS

A lei 11.343/06, também conhecida como a “lei de drogas” foi criada com o objetivo de estabelecer normas aplicáveis à prevenção, tratamento e reinserção social de usuários e pessoas dependentes de drogas, bem como a repressão a posse/porte, produção sem autorização e tráfico de substâncias ilícitas. Nesse sentido, a norma foi criada para atualizar e alterar a lei 6.368/76 anteriormente utilizada, por conta das inúmeras críticas recebidas, visto a grande repressão definida para ambas as figuras e pela ausência de critérios para diferenciar o usuário do traficante, assim, ficando a critério do magistrado competente.

Em face da necessidade de atualização da norma, em 23 de Agosto de 2006 foi criada a lei de drogas, que institui em seu artigo 1º o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD)¹⁶, deixando explícito a forma de tratamento entre ambas as figuras, dispondo que: “prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelecendo normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, definindo crimes e outras providências”.

Já em seu parágrafo único, a lei descreve o conceito de drogas, definindo como: “consideram-se como drogas as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificadas em lei ou relacionadas em listas atualizadas periodicamente pelo poder executivo da união”. Ou seja, o artigo supracitado relata que a lei de drogas é uma norma penal em branco heterônoma¹⁷, dependendo da complementação de outro dispositivo.

Diferentemente da norma anterior, a lei 11.343/06 avançou em relação ao tratamento e prevenção do usuário e repressão ao traficante, tendo em conta que ocorreu a despenalização¹⁸ e conseqüentemente o desencarceramento¹⁹ dos indivíduos sentenciados como usuário, pois a lei anterior previa a pena privativa de liberdade com detenção ou reclusão de seis meses a dois anos (novatio legis in melius)²⁰. Isto significa que ficou evidente que tais sanções para o

¹⁶ SISNAD: Com fulcro no Art. 3º da lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, Brasília, DF. - O SISNAD tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar atividades relacionadas à prevenção do uso de drogas e a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.

¹⁷ Norma penal em branco heterônoma: norma que precisa de complementação em outro dispositivo inferior a este.

¹⁸ Despenalização: alteração de forma como a conduta é punida, sem que este perca seu caráter ilícito.

¹⁹ Desencarceramento: ação ou efeito que retirar indivíduos do cárcere.

²⁰ Novatio legis in melius: trata-se de caso que a lei nova beneficia o réu, sem excluir a tipificação do delito.

indivíduo que possuía/portava drogas eram inadequadas ao caso concreto, tendo em vista que encarcerar o dependente não contribuía para o tratamento dos mesmos, revogando então a pena privativa de liberdade e criando as penas educativas. Logo, destacamos a frase de Mônica Chiarella Simionato; Patrícia Dias Lichtenthal (SIMIONATO; LICHTENTHAL, 2011, p.80. Apud PAGLIUCA; CURY, 2016, p.17):

[...] resta clara a intenção do legislador em diferenciar as políticas de tratamento destinado ao traficante e usuário. Os ilícitos relacionados à traficância merecem um tratamento intimidatório e repressivo, enquanto o usuário merece uma atenção especial, de prevenção, de reinserção social, pois trata-se de uma questão de saúde pública.²¹

Sob outra visão, a lei supramencionada aumenta a repressão ao tráfico de drogas e a produção de drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, priorizando o aumento da pena imposta para o traficante e outras condutas equiparadas que estão definidas em lei (novatio legis in pejus).²²

Os crimes em questão são de perigo abstrato (exceto o artigo 39 da mesma lei).²³ Ou seja, há um risco presumido, uma presunção legal de ameaça ou ofensa a bem jurídico de terceiro, não exigindo o resultado naturalístico. Em razão disso, o artigo que define o usuário se torna objeto de muitas críticas entre doutrinadores e estudiosos da área, visto a contrariedade ao princípio constitucional da lesividade/ofensividade (nullum crimen sine injuria)²⁴, situação em que o ordenamento jurídico veda a autolesão, como no caso do suicídio. Sobre essa hipótese, relata os autores José Carlos Gobbis Pagliuca e Matheus Guimarães Cury (PAGLIUCA; CURY, 2016, p.38):

não estaria o legislador interferindo no direito individual, precisamente no direito à intimidade da pessoa, punindo o direito à autolesão? Se a pessoa pode cortar um braço, se matar ou ingerir veneno, por que não poderia consumir drogas? O argumento do

²¹ SIMIONATO, Mônica Chiarella; LICHTENTHAL, Patrícia Dias. **Legislação penal especial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.80. Apud PAGLIUCA, José Carlos Gobbis; CURY, Matheus Guimarães. **Lei de drogas**. São Paulo: Rideel, 2016, p.17.

²² Novatio legis in pejus: refere-se a lei nova que é mais severa que a anterior.

²³ BRASIL. Artigo 39 da lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, Brasília, DF. - O artigo mencionado é de perigo concreto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 28 out. 2024.

²⁴ Nullum crimen sine injuria: não há crime sem lesão ou perigo de lesão a bem jurídico.

legislador é o de que a lei não pune o uso, mas sim o porte, visando evitar a disseminação da droga.²⁵

Ou seja, o próprio elemento do tipo normativo destaca a palavra “para consumo próprio”, delimitando a ofensividade da situação. Acerca desse entendimento, dispõe Maria Lúcia Karam (KARAN, 1993, p.126. Apud PAGLIUCA; CURY, 2016, p.41):

É evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-se a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada ausência daquela expansibilidade do perigo [...]. Nesta linha de raciocínio, não há como negar incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses alheios. São coisas conceitualmente antagônicas; ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora da lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal.²⁶

Situação essa que posteriormente levou ao debate na suprema corte de nosso país em direção a descriminalização²⁷ da conduta.

3.1 CONCEITO DE DROGAS

Em primeira mão, o artigo 1º, parágrafo único, dispõe sobre a noção do que é considerado droga, estabelecendo uma norma penal em branco heterônoma, ou seja, depende de complementação de outro dispositivo, que estipula um rol taxativo de substâncias psicotrópicas ilícitas. Nesse caso em questão, seria a Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA), que edita e atualiza a relação de substâncias por meio da Portaria SVS/MS nº 344 de 12 de Maio de 1998²⁸. Dessa maneira, em relação ao princípio constitucional da

²⁵ PAGLIUCA, José Carlos Gobbis; CURY, Matheus Guimarães. **Lei de drogas**. São Paulo: Rideel, 2016, p. 38.

²⁶ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p.126. Apud PAGLIUCA, José Carlos Gobbis; CURY, Matheus Guimarães. **Lei de drogas**. São Paulo: Rideel, 2016, p. 41.

²⁷ Descriminalização: refere-se a um ato que deixa de ser enquadrado como criminoso.

²⁸ BRASIL. **Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998**. Aprova o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília, DF.

anterioridade/legalidade, só é definida como droga as substâncias que tiverem expressamente previstas na portaria durante a sua vigência. A vista disso, dispõe Alice Bianchini (BIANCHINI, 2007, p.26. Apud PAGLIUCA; CURY, 2016, p.10):

Assim, mesmo uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não houver tido sido catalogada em lei ou lista elaborada pelo Poder Executivo da União (Portaria SVS/MS N.o 344/1998), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das ações previstas nos arts. 33 a 39. O mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente (art. 28). Estamos diante da denominada lei penal em branco ou norma penal em branco, que exige um complemento normativo. Não existindo esse complemento, à figura típica não se completa (ou seja, não há que se falar em tipicidade penal.²⁹

Nesse contexto, o artigo 66 da mesma lei complementa o disposto no artigo 1º, que dispõe: “[...] denominam-se drogas substâncias entorpecentes psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial da portaria SVS/MS nº 344 de 12 de Maio de 1998”. (BRASIL, 2006).³⁰

É importante destacar também que as drogas são classificadas em lícitas e ilícitas, sendo as lícitas: álcool; cigarro; remédios, e as ilícitas que estão previstas no rol taxativo da portaria SVS/MS nº 344/98, onde temos como exemplos: maconha, cocaína, heroína..

Já a Organização Mundial da Saúde, conceitua as drogas como (OMS, 1993. Apud PLANAD, 2022, p.9):

droga é toda substância natural ou sintética, que, introduzida no organismo vivo, modifica uma ou mais das suas funções, independentemente de ser lícita ou ilícita.³¹

Isto é, a Organização Mundial da Saúde considera drogas todas as substâncias que modificam uma ou mais das funções das pessoas. Entretanto, para efeito desta lei, só é

²⁹ BIANCHINI, Alice. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.26. Apud PAGLIUCA, José Carlos Gobbis; CURY, Matheus Guimarães. **Lei de drogas**. São Paulo: Rideel, 2006. p.10.

³⁰ BRASIL. **Artigo 66 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 28 out. 2024.

³¹ **Política sobre drogas**. PLANAD, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/arquivo-manual-de-avaliacao-e-alienacao-de-bens/planad_set_2022.pdf. Acesso em: 28 out. 2024.

considerado drogas as substâncias ilícitas que estão previstas taxativamente na portaria da ANVISA.

3.2 CONCEITO DE USUÁRIO

Considera-se usuário qualquer indivíduo que pratica os cinco núcleos verbais do tipo penal do artigo 28, com dolo de consumo próprio, onde será considerado como fato típico. Dispõe o Art. 28 que:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - Advertência sobre os efeitos das drogas;

II - Prestação de serviços à comunidade;

III - Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (BRASIL, 2006)³²

Ou seja, para que seja considerado usuário, o indivíduo deve possuir/portar a substância ilícita, praticando quaisquer dos verbos presentes no artigo supramencionado, com a finalidade de consumo próprio.

É importante frisar, que o usuário não será punido pelo uso, mas sim pelo porte de drogas, tendo em vista que o porte das substâncias, possa indicar uma possível mercancia ou oferecimento ainda que gratuito para outrem, prevista no artigo 33. Nesse sentido, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, o uso da substância, ainda que no organismo do indivíduo no momento da flagrância, considera-se como fato atípico. Destacamos então uma jurisprudência sobre essa situação (PAGLIUCA; CURY, 2016, p.46):

Agente que fez uso de entorpecente em momento anterior a sua prisão — Fato penalmente atípico — A lei não pune o agente por haver feito uso de entorpecente, mas sim pela posse do mesmo, exigindo sua apreensão (TJSP – AC nº 200.837-3 – rel. Gomes de Amorim – JTJ 181/286).³³

³² BRASIL. **Artigo 28 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 28 out. 2024.

³³ PAGLIUCA, José Carlos Gobbis; CURY, Matheus Guimarães. **Lei de drogas**. São Paulo: Rideel, 2006. p.47.

O crime do artigo 28 acontece na forma consumada. Porém, parte da doutrina relata sobre a possibilidade da tentativa no verbo "adquirir" no momento em que o usuário está comprando a substância. Sobre isso, relata Samuel Miranda Arruda (ARRUDA, 2007, p.20-21. Apud PAGLIUCA; CURY, 2016. p.47):

Ao menos na modalidade "adquirir" o tipo penal previsto no art. 28 admite a ocorrência de tentativa. A doutrina considera consumada a infração nestes casos não com a tradição da droga, mas sim com o ajuste para a compra o fechamento de negócios. De toda forma, pelo menos em tese, é possível vislumbrar a possibilidade de tentativa no processo de aquisição de droga.³⁴

Por fim, diferentemente da norma anterior, o crime de porte/posse com o dolo de consumo próprio prevê as medidas educativas previstas nos incisos do caput com o objetivo de alertar o indivíduo sobre o efeito das drogas, como no caso da advertência, da prestação de serviços à comunidade e da medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

3.3 CONCEITO DE TRAFICANTE

Considera-se traficante qualquer indivíduo que pratica os dezoito núcleos verbais do tipo penal do artigo 33, com dolo de passar para outrem, onde será considerado como fato típico. Dispõe o artigo 33, que:

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

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (BRASIL, 2006).³⁵

³⁴ ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Método, 2007. p.20-21. Apud PAGLIUCA, José Carlos Gobbis; CURY, Matheus Guimarães. **Lei de drogas**. São Paulo: Rideel, 2006. p.47.

³⁵ BRASIL. **Artigo 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 28 out. 2024.

Ou seja, para ser considerado traficante, o indivíduo deve praticar quaisquer dos dezoito verbos presentes no dispositivo, com o dolo de portar, vender, manipular ou oferecer ainda que gratuitamente a substância ilícita.

É importante frisar que todos os crimes nos artigos supramencionados são crimes comuns³⁶, com a exceção do núcleo verbal “prescrever” que é definido com crime próprio³⁷, pois só pode ser praticado por um médico. Além disso, o artigo mencionado possui alguns verbos que caracterizam crime permanente, sendo delitos que se prolongam no tempo, nos núcleos verbais “manter” e “ter em depósito”.

Por fim, majorando a pena da norma anterior, o crime previsto neste artigo prevê uma sanção de cinco a quinze anos e multa de quinhentos a mil e quinhentos dias multa.

3.4 DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO X TRAFICANTE

Para definir se a conduta é destinada ao consumo próprio, para a venda ou oferecimento, ainda que gratuito, a lei 11,343/06, diferentemente da norma anterior, define em seu artigo 28, §2 oitavo hipóteses de critérios subjetivos para distinguir ambas as figuras. Dispõe o artigo 28 que:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (BRASIL, 2006).³⁸

Nesse contexto, a autoridade policial e o juiz atenderão ao conjunto de hipóteses previsto no dispositivo supramencionado, sendo as hipóteses de: natureza; quantidade da substância apreendida; local; as condições da ação; circunstâncias sociais e pessoais; conduta e antecedentes. Ou seja, o magistrado competente deverá avaliar os critérios estabelecidos ao caso concreto.

³⁶ Crime comum: pode ser cometido por qualquer indivíduo.

³⁷ Crime próprio: pode ser cometido por alguns indivíduos em específico.

³⁸ BRASIL. **Artigo 28, §2 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 28 out. 2024.

Em relação a natureza e quantidade da substância apreendida, o artigo refere-se ao objeto material apreendido na abordagem. Dessa forma, não existe uma quantidade específica para definir como uso (com exceção da presunção relativa de 40g para maconha, definida pelo RE 635659/SP). Além disso, é importante salientar que há uma diferença entre a quantidade e natureza da droga, visto que em drogas mais pesadas: a quantidade é pequena; e em drogas mais leves: a quantidade aceita é maior.

No que diz respeito ao local e condições em que se desenvolveu a ação, o dispositivo refere-se ao local em que o acusado é abordado e conduzido à autoridade policial.

Sobre as condições sociais e pessoais, a norma refere-se às condições sociais e econômicas do acusado. Se a remuneração é suficiente, para justificar os bens que possui, seu modo de vida.

Por fim, a conduta e antecedentes referem-se à vida do acusado, analisando se ele possui antecedentes, se é reincidente.

A vista disso, o magistrado que vai analisar o caso concreto deverá observar esses critérios com a máxima cautela, considerando que o mesmo vai sentenciar o acusado, impondo a definição de usuário ou traficante ao indivíduo.

3.5 ANÁLISE CRÍTICA DOS CRITÉRIOS SUBJETIVOS

A lei de drogas utiliza em seu artigo 28 §2 algumas hipóteses de critérios subjetivos para distinguir a figura do usuário e do traficante. Acontece que para distinguir ambas as figuras, não é algo simples, tendo em vista que é necessário analisar o conjunto probatório de cada caso concreto e avaliar com base nos critérios subjetivos presentes no dispositivo da lei. Nesse sentido, a lei de drogas tem sido alvo de diversas críticas por parte dos doutrinadores por conta da obscuridade presente nos critérios adotados, situação esta, que devemos fazer uma análise individual de cada critério previsto no dispositivo.

A priori, ao analisar o critério de natureza e quantidade, consideramos como um dos critérios mais importantes previstos no dispositivo, pois se trata da quantidade que o indivíduo transporta consigo. Ou seja, se a quantidade for grande, tende a ser denunciado como tráfico. Se a quantidade for ínfima, tende a ser denunciado como usuário. Contudo, esse critério possui alguns problemas, como: delimitando uma quantidade para a substância (como por exemplo: 40g para a maconha), o criminoso que se adequa ao tipo normativa e porta uma quantidade de 30g com a intenção de venda, caso não seja flagrado na situação de mercancia, tende a ser usuário. Além disso, caso seja fixado um critério objetivo com base em quantidade

(como por exemplo: 40g para maconha), deve ser fixado quantidade para todas as outras substâncias, devendo a ANVISA delimitar a quantidade prevista para uso.

Em relação ao local e condições da ação é extremamente complexo, tendo em vista que o critério subjetivo analisa o local de apreensão da substância e as condições que se desenvolveu a ação. Ou seja, se um jovem que reside próximo ou dentro comunidade é abordado com substância ilícita, tende a ser considerado traficante por conta do local de apreensão. Em contrapartida, se um jovem reside em uma área nobre, sendo abordado com a substância ilícita, tende a ser usuário. Ademais, temos a análise de objetos encontrados com o indivíduo, como por exemplo: dinheiro (que não significa exatamente que foi pela venda de drogas), embalagem de drogas e agendas com anotações. Acerca deste entendimento, destaca então o Min. Alexandre de Moraes (DE MORAES, 2024, p.296):

O problema, entretanto, ocorre com as condutas intermediárias que, lamentavelmente são as mais corriqueiras, com quantidade limítrofes, que acabam sendo decididas de maneira diferente em virtude do local de apreensão – como já citado acima, e em razão da condição socioeconômica do agente preso.³⁹

Sobre as condições sociais e pessoais é extremamente injusto, tendo em vista que analisa questões como: se o acusado estuda, trabalha, seu modo de vida, se a remuneração é suficiente para justificar seus bens. Ou seja, se o acusado leva uma vida mais humildade, não conseguindo arcar com os estudos ou não conseguindo um emprego, tende a ser considerado traficante. Em contrapartida, a classe média/alta que consegue mais facilmente ter acesso ao estudo ou seja trabalho e também consegue comprovar prontamente a sua renda, tende a ser usuário.

Por fim, a conduta e antecedentes que também se mostram bem complexas, tendo em vista que analisa a vida pregressa do acusado. Nesse sentido, se o usuário já foi preso e já cumpriu a integralidade da pena, por que ficaria o acusado etiquetado por este delito? Ou seja, o usuário que já foi ressocializado, mas é dependente, corre o risco de ser sentenciado como traficante novamente caso seja abordado em posse das substâncias.

Entende-se, que devemos propor uma reforma no dispositivo que prevê esses critérios subjetivos, considerando que isso prejudica a população mais humilde, devendo o operador do

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Lei 11.343/06. Recurso extraordinário, em que se discute , à luz do art. 5, X, da constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do Art. 28 da lei 11,343/06, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de Junho de 2024. p. 296.

direito incluir critérios mais objetivos, como o fixado na decisão do RE 635659/SP, para dar mais segurança jurídica e isonomia para o julgamento dos acusados. Isto é, falta clareza nos critérios subjetivos previstos no dispositivo em questão, dessa forma, admitindo várias interpretações dos termos utilizados, ficando então a discricionariedade da autoridade policial e do magistrado competente. Sobre essa situação, relata Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2021, p.26):

Não se desconhece, contudo, que por sua própria natureza, a ciência jurídica admite certo grau de intermediação, visto que, como regra, todos os termos utilizados pelo legislador admitem várias interpretações. De fato, o legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos, expostos como cláusulas gerais, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado. O tema, entretanto, pode chegar a alcançar proporções alarmantes quando o legislador utiliza excessivamente conceitos que necessitam de complementação valorativa, isto é, não descrevem efetivamente a conduta proibida, requerendo, do magistrado, um juízo valorativo para complementar a descrição típica, com graves violações a segurança jurídica.⁴⁰

3.6 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP

O julgamento do recurso extraordinário em questão, foi interposto contra acórdão proferido pelo Colégio Recursal do Juizado Especial da Comarca de Diadema/SP, que negou provimento ao recurso, assim, mantendo a decisão de 1º grau que julgou um preso com apenas 0,3g de maconha dentro do sistema prisional, como incurso no artigo 28 da lei 11.343/06. Nesse sentido, a tese utilizada em questão versava sobre a inconstitucionalidade do artigo 28, usando como fundamento o princípio da lesividade/ofensividade previsto na constituição federal.

A vista disso, diante da demora do legislativo em elaborar propostas com o objetivo de rever/atualizar os dispositivos críticos presentes na lei de drogas e dos inúmeros casos de seletividade penal e injustiças destacados acima, foi imprescindível a atuação do Supremo Tribunal Federal de fixar uma tese temporária para a resolução do problema, até que o poder

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, p.26 volume 1, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2021. p.26.

legislativo debata sobre o tema. Assim, em 26 de junho de 2024, a suprema corte descriminalizou a conduta de porte/posse para o consumo próprio e fixou um critério objetivo para distinguir o usuário do traficante em relação a maconha.

Sobre o conteúdo da decisão, ficou expresso as teses de: 1. Não comete infração penal para quem cometer o crime previsto no artigo 28 (sendo um ato ilícito extrapenal); 2. Aplicação da sanção I e III, suprimindo a prestação de serviços à comunidade - por ser uma penal de natureza penal; 3. Apreensão da substância (visto se tratar de substância ilícita) e notificar o autor para comparecimento em juízo, sendo vedada a lavratura do auto de prisão em flagrante ou termo circunstanciado; 4. Critério objetivo de 40g para consumo próprio e 6 plantas fêmeas, definidas de acordo com os critérios do Uruguai; 5. Presunção relativa; 6. Que deveria apresentar justificativas para afastar a presunção relativa.

Contudo, podemos observar alguns problemas diante da decisão, em relação ao item "4", que apenas define critério objetivo para uma substância, sendo apenas as 40g para a maconha. Ou seja, a presente decisão não define a quantidade para outras substâncias previstas na portaria SVS/MS 344/98 da ANVISA, ficando essas substâncias a avaliação dos critérios subjetivos e discricionariedade da autoridade policial e magistrado. Diante desse caso, deve o operador do direito definir o critério objetivo de quantidade para todas as substâncias, mas não apenas esse, e sim de propor mais critérios para diferenciar ambas as figuras. Nesse sentido, temos o entendimento do min. Alexandre de Moraes (DE MORAES, 2024, p.298):

Há, portanto, a necessidade de ponderar-se de maneira razoável e equilibrada na utilização de vários critérios objetivos, entre eles a quantidade da droga apreendida, porém não como critério absoluto, mas sim como ponto de partida na análise policial e, principalmente, judicial no momento de manter a prisão em flagrante realizada por tráfico de drogas. Como apontado no citado estudo de jurimetria, "o European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) e a Global Commission on Drug Policy defendem a elaboração de critérios objetivos (on Dru Policy, 2016; Walsh, 2008). Os defensores dos critérios objetivos sugerem que o critério pode ser usado como um apoio, não de forma literal.⁴¹

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Lei 11.343/06. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do Art. 28 da lei 11,343/06, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os

A vista disso, não se pode utilizar a quantidade prevista para a maconha (40g) como analogia para outras substâncias, tendo em vista a natureza e diferentes efeitos que as drogas acarretam.

Além disso, é importante ressaltar que este critério de quantidade é imprescindível, mas que não pode ser utilizado como único critério objetivo, pois, nada impede, nesse caso, do criminoso se adequar ao tipo normativo, e utilizar de brechas da lei para burlar essa questão, como por exemplo: o criminoso que utiliza da venda fracionada ou criminoso que vende por “delivery”. Acerca deste entendimento, destaca o Min Alexandre de Moraes em sua decisão (DE MORAES, 2024, p.294).

Esse é um problema apontado por diversos outros estudos sobre a diferenciação entre usuários e traficantes somente pela quantidade de droga apreendida. De um lado, os posicionamentos contrários a essa quantificação apontam a possibilidade de – cada vez mais – o fracionamento na entrega das drogas (“o traficante formiguinha”), enquanto os defensores da despenalização, apontam que o usuário flagrado com uma quantidade superior àquela definida pelo ordenamento jurídico seria considerado traficante, mesmo que jamais tivesse tido a intenção de exercer a traficância”.⁴²

Conclui-se então que, não se deve dispensar o critério objetivo quantidade, porém, deve ser utilizado em conjunto com outros critérios disponíveis no mundo para que essa política dê certo. Dessa forma, é de suma importância que devemos observar e adotar os critérios objetivos utilizados nos diversos países para que se tenha uma política mais justa em nosso país.

4 IMPACTOS CAUSADOS EM SOCIEDADE

A lei 11.343/06 define alguns critérios subjetivos para diferenciar o usuário do traficante. No entanto, essa norma vem sendo alvo de diversas críticas por parte da doutrina e estudiosos na área, tendo em vista que a aplicação prática do dispositivo e conseqüentemente os impactos causados em sociedade, vem sendo extremamente injustos, principalmente em relação a camada mais vulnerável da sociedade, pois está levando a um alto índice de

princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de Junho de 2024. p. 298.

⁴² idem, ibidem. p.294

encarceramento por conta da ausência de um critério justo em nosso ordenamento jurídico. Desse modo, alguns dispositivos foram alvos de discussão na suprema corte de nosso país. A vista disso, o presente tópico vem expor alguns dos problemas presentes anteriormente na lei de tóxicos que perseveram na lei vigente e suas consequências.

4.1 DESIGUALDADE SOCIAL

A desigualdade social é a diferença existente entre diferentes classes sociais, levando-se em conta fatores culturais, educacionais e econômicos, que condicionam, limitam ou prejudicam os status e a classe social de uma pessoa ou grupo e, conseqüentemente, interferem em requisitos primários para a qualidade de vida. Nesse contexto, é evidente que a desigualdade social está presente em nossa sociedade nos dias atuais e podem ser observadas em diversos aspectos da vida, mas principalmente na lei em questão.

Dessa forma, em razão da desigualdades presentes em nossa sociedade, na lei de drogas não seria diferente, tendo em vista que os critérios subjetivos presentes no art. 28 §2 e a ausência de critérios objetivos para diferenciar o tráfico do uso, leva a um crescimento da desigualdade em sociedade, conseqüentemente influenciando em decisões judiciais, prejudicando principalmente a população mais pobre.

A priori, devemos falar sobre a incidência da valoração social dos critérios utilizados para diferenciar o uso do tráfico, tendo em vista que o Art. 28 §2, carrega com ele oito opções de distinção entre indivíduos, sendo elas: natureza, quantidade, local e condições da ação, circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente. A vista disso, é de suma importância frisar neste parágrafo, que em algumas dessas hipóteses, como, no caso, as circunstâncias sociais e pessoais, antecedentes do agente, e local, levam a uma análise do contexto social, educacional e financeiro dos sujeitos, dessa forma, contribuindo para os problemas expostos neste tópico. Segundo esclarece Guilherme Nucci (NUCCI 2013, p. 303-304. Apud PAGLIUCA; CURY, 2016, p. 53-54):

[...] A inovação ficou por conta da introdução da seguinte expressão: "circunstâncias sociais e pessoais do agente". Naturalmente, espera-se, com isso, não se faça um juízo de valoração ligada às condições econômicas de alguém. Por exemplo: se um rico traz consigo cinco cigarros de maconha seria usuário, porque pode pagar pela droga. Entretanto, sendo o portador pessoa pobre, a mesma quantidade seria considerada tráfico. A discriminação deve ser evitada. Ilustrando de modo mais razoável: aquele que traz consigo quantidade elevada de substância entorpecente e já possui condenação anterior por tráfico, evidencia como regra a conduta do Art. 33 desta lei. Por outro lado, o agente que traz consigo pequena quantidade de droga

sendo primário e sem qualquer antecedente permite a conclusão de se tratar mero usuário [...].⁴³

Ou seja, a lei faz claramente uma valoração social do indivíduo, considerando que faz uma análise da vida do acusado.

Posteriormente, temos a análise de dados empíricos da desigualdade social presente no tema, onde de acordo com os dados de uma pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), publicada em 31 de Outubro de 2023. O texto destaca que o número de réus negros em crimes por tráfico de drogas no Brasil é duas vezes superior à de brancos, levando em consideração que o perfil dos réus processados indica que a maioria é do sexo masculino (86%), tem até 30 anos (72%) e possui baixa escolaridade (67% não concluiu o ciclo de educação básica). Ou seja, a aplicação da lei de drogas pelo poder judiciário brasileiro, alcança desproporcionalmente a população negra e privilegia a população branca, levando em conta os dados de que (68%) dos réus processados por tráfico, são negros. Sob esse olhar, a advogada Alessandra Nogueira Lucio, graduada em direito pela Universidade de Mogi das Cruzes, faz o seguinte comentário (LUCIO, 2023. Apud LEMOS, 2024):

Quando se fala em drogas, o maior número de condenações é de pessoas negras que constituem 68% da população presa. Os motivos que contribuem para esse número são diversos e vão além de tráfico de drogas em si. existem uma diferença na abordagem policial entre negros e brancos detidos pelo mesmo crime e racismo estrutural presente no tribunal.⁴⁴

É importante salientar, que os negros são mais abordados pelos agentes com base na fundada suspeita⁴⁵ em patrulhamento ostensivo. Ou seja, o estudo deixa claro, com base nos dados disponíveis, que o racismo estrutural e a estigmatização estão presentes na sociedade e consequentemente na abordagem feita pelos policiais em indivíduos considerados "suspeitos".

Além disso, podemos afirmar que a lei de drogas, contribui com o aumento da população carcerária, tendo em vista que milhares de pessoas são presas erroneamente como

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7. ed. São Paulo: RT, v.1, 2013. p.303-304. Apud PAGLIUCA, José Carlos Gobbi; CURY, Matheus Guimarães. **Lei de drogas**. São Paulo: Rideel, 2016. p. 53-54.

⁴⁴ LUCIO, Alessandra Garcia Nogueira. **O sistema prisional "uma máquina de moer gente" e a carne predileta continua sendo a negra! o encarceramento em massa da população da negra, genocídio negro e sistema de justiça**. São Paulo, 2023. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8161/tde-14032024-112142/publico/2023_AlessandraGarciaNogueiraLucio_VCorrig.pdf. Acesso em: 28 out. 2024.

⁴⁵ Fundada suspeita (Art. 244 CPP): é a desconfiança baseada na razão e em uma suposição motivada - o ordenamento jurídico brasileiro exige a fundada suspeita nas abordagens dos policiais.

traficantes, contribuindo para o crescimento das facções criminosas que estão presentes em todo o Estado. Diante deste fato, comenta o Min. Alexandre de Moraes em sua decisão (DE MORAES, 2024, p.287):

[...] o aumento da prisão por tráfico de drogas a partir da nova lei fortaleceu as facções criminosas, pois acabou por encarcerar uma legião de jovens primários, que levados ao cárcere, sem possuir alta periculosidade, passaram a aderir a essas facções para garantir a sua incolumidade física e mesmo a sua própria vida.⁴⁶

Conclui-se, que os critérios subjetivos contribuem para a valoração social do indivíduo; aumento da desigualdade social; estigmatização; aumento da abordagem da população negra; aumento da população carcerária; aumento da condenações de jovens negros, sem antecedentes, sem estudo; recrutamento de jovens pelas facções criminosas. Ou seja, a criminalização da pobreza. Nesse sentido, expõe o Defensor Público Rafael de Souza Miranda (MIRANDA, 2023, p.263. Apud DE OLIVEIRA; DE SOUZA, 2024, p.4):

O critério de circunstâncias sociais e pessoais tem conduzido muitos juízes à criminalização da pobreza. Infelizmente a redação legal somente contribui à marginalização e estigmatização da camada mais pobre da sociedade. Na prática observamos que se a pessoa é surpreendida em ponto de venda de drogas e esta pessoa pertence a classe média ou alta, sempre será tratada e julgada como usuária de drogas. Em contrapartida, se pessoa pobre, rotineiramente é julgada como traficante (seja olheiro, vaporezinho ou mula).⁴⁷

4.2 DECISÕES INJUSTAS

A existência de milhares de decisões injustas é algo bem recorrente nesta lei, haja vista a obscuridade presente na dicotomia entre usuário e traficante, e pela discricionariedade do magistrado competente, estando o acusado a entendimento deste (magistrado com viés garantista x linha dura), onde acabam com uma certa frequência proferindo decisões com base em suposições, causando danos irreparáveis para a população. Sendo assim, podemos citar sobre os efeitos práticos da norma em dois casos, sendo eles: O usuário que é taxado como traficante, e o traficante que é taxado como usuário. Destaco, então, o entendimento do Min. Alexandre de Moraes em seu voto do RE. 635659/SP (DE MORAES, 2024, p.294):

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Lei 11.343/06. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de Junho de 2024. p.287.

⁴⁷ DE OLIVEIRA, Christiane da Silva Souza; DE SOUZA, Tatiana Lourenço Lourenço Emmerich. **Uma análise do julgamento do recurso extraordinário n.º 635.659 no STF: O subjetivismo dos critérios para a distinção do porte de drogas para consumo pessoal no Brasil**. REVISTA RATIO IURIS, 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/rri/article/view/69264/39712>. Acesso em 28 out. 2024.

O estudo, entretanto, aponta que “a utilização de critérios objetivos, por outro lado, pode gerar dois outros tipos de distorções: criminalizar usuários e ser lenientes com traficantes.”⁴⁸

A priori, podemos falar da figura do usuário, que porta a substância para consumo próprio, sendo abordado por muita das vezes com quantidade irrisória da substância ilícita e com base em suposições. Nesse sentido, ao analisar o contexto geral, levando em conta o conjunto de critérios subjetivos expressos na norma em questão, pode ser taxado equivocadamente como traficante.

Em razão disso, podemos observar uma clara injustiça, pois além da referida lei prejudicar principalmente a população mais vulnerável (como descrito no subtópico acima), está positivada uma sanção muito severa, com pena de reclusão de cinco a quinze anos. Situação essa que vai impactar negativamente na vida do dependente, levando em consideração que a questão da dependência não é um caso de encarceramento, mas sim de prevenção e tratamento.

Seguindo essa linha de raciocínio, além da alta repressão na figura do “traficante”, o nosso ordenamento jurídico traz situações que agravam ainda mais a situação deste caso concreto, como por exemplo: o crime de tráfico de drogas ser equiparado a hediondo (Art. 5º, inc. XLIII da CF/88) e (Lei 8.072/90)⁴⁹, dispondo a última, em seu Art. 2º e parágrafo único, sobre a insuscetibilidade de anistia, graça, indulto e cumprimento da pena inicialmente em regime fechado (com exceção do HC 111840 STF)⁵⁰. Além disso, a lei de execução penal (Lei 7.210/84)⁵¹ maleficia o condenado acerca da classificação ao ingressar no sistema prisional e também na progressão de regime. Ou seja, o usuário que é taxado como criminoso, sofre com todos esses problemas supramencionados, sendo que o delito de porte/posse para consumo próprio prevê apenas algumas medidas educativas, visando a prevenção e tratamento do usuário, causando, dessa forma, inúmeros impactos aos indivíduos.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Lei 11.343/06. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de Junho de 2024. p.294.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Brasília, DF. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição e determina outras providências. Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 28 out. 2024.

⁵⁰ Decisão do Habeas Corpus 111840 - Entendimento do STF vedando a obrigatoriedade do regime inicialmente fechado prevista no parágrafo único do artigo 2º da lei de crimes hediondos (8.072/90).

⁵¹ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília, DF. Institui a lei de execução penal. Diário Oficial da União, 1982. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 28 out. 2024.

Por outro lado, temos a situação inversa da supramencionada, com a figura do traficante que porta a substância psicotrópica com a finalidade de passar para outrem, mediante pagamento ou até gratuitamente. Situação essa, que diante da análise do caso concreto, pode ser condenado equivocadamente como usuário.

Em razão disso, podemos observar uma clara injustiça, tendo em vista que a conduta do artigo 33, visa proibir a conduta do agente em comercializar a substância com o objetivo de assegurar a saúde pública, evitando que essa conduta atinja a integridade de outras pessoas. Em razão disso, a conduta do traficante atinge milhares de famílias que são destruídas pelo uso das substâncias ilícitas, considerando a questão da dependência sobre o uso da droga. Nesse contexto, caso tenha um erro em decisão, causado pela obscuridade da distinção entre ambas as figuras, resultado da utilização de uma brecha da lei ou da adaptação ao tipo normativo (criminoso que utiliza por ex. da venda fracionada para burlar a lei), temos a incidência das medidas educativas, sanção essa que não é adequada ao caso concreto, causando uma situação de impunidade ao condenado.

Diante do exposto, conclui-se que a ausência de critérios objetivos e a obscuridade da interpretação dos critérios subjetivos presentes, gera uma insegurança jurídica, colaborando com o aumento da seletividade penal, estigmatização e da aplicação de decisões e sanções injustas ao indivíduo, como citado pelo Min. Alexandre de Moraes (DE MORAES, 2024, p. 294):

Dessa maneira, não há nenhuma dúvida de que a fixação de critérios mais objetivos para a distinção entre traficantes e usuários levariam a diminuição da discricionariedade policial no momento da realização do flagrante e, posteriormente, a discricionariedade do Ministério Público no momento da denúncia e a judicial na tipificação final da conduta, possibilitando um tratamento mais equânime na aplicação da lei e impedindo flagrantes injustiças.⁵²

5 POLÍTICA COMPARADA

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Lei 11.343/06. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de Junho de 2024. p.294.

A política comparada é um campo de estudo utilizado na ciência política que analisa e compara as diferenças sociais, costumeiras, jurisprudencial, doutrinárias, sistemas políticos, políticas públicas, entre países ou regiões, onde tem como principal objetivo o estudo das normas de outros Estados e posteriormente a comparação ao ordenamento jurídico pátrio. A ideia da política comparada é de identificar padrões e tendências globais nas legislações de outros países ou regiões, compreendendo como funciona a legislação prevista em outros locais, a sua efetividade e a discussão da aplicação prática das políticas públicas em nosso país.

É importante frisar neste tópico, que a política comparada não é o melhor método de estudo, tendo em vista que embora de grande importância, levamos em consideração que a aplicação prática de normas em sociedade vem com algumas limitações em relação a questões culturais, históricas, multiplicidade de fatores, que podem levar a uma falsa confiança dos dados disponíveis dessas políticas na prática. Dessa forma, é de suma importância a aplicação da política comparada simultaneamente com outro método de estudo. Além disso, é essencial fazer comparações com países vizinhos, ou seja, países que possuem os mesmos aspectos culturais e costumeiros utilizados pelo ordenamento jurídico pátrio, para facilitar o estudo e ter dados mais concretos sobre a incidência de uma possível aplicação das políticas em nosso país.

Com base no tema, nós temos uma ampla influência da política comparada na legislação de drogas vigente em nosso país, qual seja a lei 11.343/06 (Lei de drogas), que trouxe um olhar mais preventivo em relação a posse com a intenção de uso, tendo em vista que a lei supramencionada aborda a questão como um caso de saúde pública, onde dessa forma foi implementada a despenalização/desencarceramento, utilizando sanções de medidas educativas⁵³ sobre os riscos provenientes pela utilização das substâncias psicotrópicas, pois se trata da figura do dependente, mas também trouxe a majoração da pena em relação ao combate ao tráfico de drogas, visto que os verbos presentes no artigo 33, afetam principalmente a terceiros em sociedade, ou seja, a saúde pública da população. No tema em questão, a influência de outros países é gigante, onde se tem o entendimento sobre a dependência do indivíduo e não mais sobre um caso de encarceramento, trazendo uma visão mais preventiva⁵⁴ e garantista⁵⁵.

⁵³ Medidas educativas: sanção de caráter educativo, buscando reintegrar o indivíduo à sociedade.

⁵⁴ Ótica preventiva: busca evitar o uso e tráfico de substâncias por meio de ações educativas e conscientização.

⁵⁵ Ótica garantista: busca garantir que as ações do Estado, respeitem princípios fundamentais.

A legislação de drogas ao redor do mundo vem evoluindo bastante em relação a implementação de políticas públicas e entendimentos acerca de questões referentes ao uso, plantio e comércio das substâncias psicotrópicas. Entretanto, alguns países do mundo ainda adotam uma abordagem mais punitiva, assim como foi feito nos Estados Unidos com os presidentes Nixon e Reagan, em outros países que mantêm essa ótica proibicionista e também como foi em nosso ordenamento jurídico com base na Lei de Tóxicos de 1976. Porém, alguns outros países ao redor do mundo (a maioria) vem adotando políticas públicas despenalizadoras, desencarceradoras e descriminalizadoras, visando a prevenção e tratamento dos dependentes.

Acerca do tema, neste capítulo nós vamos analisar as políticas públicas de outros países, com o objetivo de compreender quais são os critérios (sub)objetivos utilizados para diferenciar o usuário do traficante e a comparação com o nosso ordenamento jurídico vigente.

5.1 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

Neste subtópico, temos a análise das legislações⁵⁶ em relação aos critérios sub(objetivos) utilizados para diferenciar o uso x tráfico ao redor do mundo, onde vamos analisar alguns países que adotam diferentes critérios (sub)objetivos dos utilizados em nosso ordenamento jurídico atual.

A priori, podemos destacar o panorama legislativo na América do Sul, que destaca em sua grande maioria critérios objetivos com base na quantidade e natureza da droga, onde temos alguns países como: Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, dentre outros...

É importante destacar neste ponto, que os países não fixam critérios homogêneos em relação a quantidade, ficando evidente a disparidade de entendimentos acerca da definição entre usuário x traficante, onde dentre os países, podemos citar alguns exemplos, como:

- I) El Salvador: fixando uma quantidade de 2g para todas as substâncias;
- II) Equador: fixando uma quantidade de 10g para maconha;
- III) Colômbia: fixando uma quantidade de 20g para maconha;
- IV) Portugal: fixando uma quantidade de 25g para cannabis;
- V) Uruguai: fixando uma quantidade de 40g de cannabis por mês..

⁵⁶ ALLONI, Rafael Tobias de Freitas. **Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas**. SENAD, 2016. 55 p. Disponível em: https://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/105/1218/Levantamento_sobre_legisla%C3%A7%C3%A3o_sobre_drogas_nas_Am%C3%A9ricas_e_Europa.pdf. Acesso em: 28 out. 2024.

Nesse cenário, podemos destacar também que os países que fixam critérios (sub)objetivos para diferenciar o usuário x traficante de maconha, também fixam critérios objetivos para diferenciar o tráfico x uso na incidência de outros tipos de substâncias psicotrópicas ilícitas, sendo elas: cocaína, heroína, ópio, ficando evidente que esses critérios adotados também se estendem a outras substâncias ilícitas, como por ex.:

- I) El Salvador: fixando uma quantidade de 2g para todas as substâncias;
 - II) Equador: fixando uma quantidade de 0,1g para heroína, 2g de pasta base de cocaína, 1g de cloridrato de cocaína.
 - III) Colômbia: fixando 1g de cocaína, e 5 de haxixe.
 - IV) Portugal: fixando uma quantidade de 2g para cocaína, 1g para ecstasy e heroína.
- Já no panorama legislativo europeu, nós temos a existência de alguns critérios além do peso/quantidade e natureza da droga, como por exemplo:
- I) Áustria: fixando a quantidade do uso, frequência do uso e existência de dependência, e natureza da droga;
 - II) Noruega: fixando o peso, quantidade e critério de estoque;
 - III) Reino Unido: fixando a natureza da droga, peso, intenções e circunstâncias, pureza da droga, sendo critérios diferentes dos utilizados aqui no Brasil.

5.2 COMPARAÇÃO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nesse contexto, é importante frisar que com o entendimento definido no RE 635.659/SP pelo Supremo Tribunal Federal, que fixa um critério objetivo (presunção relativa) de 40g de maconha para diferenciar o tráfico x uso, está caminhando em direção ao panorama legislativo de outros países referente a política de drogas, tendo em vista que os mesmos utilizam também critérios relacionados a peso/quantidade, dentre outros destacados acima. A decisão proferida pela suprema corte em análise ao recurso extraordinário 635.659/SP, utiliza a política comparada como base para os votos proferidos pelos onze ministros acerca do tema, observando principalmente o percurso que os países do mundo seguem em relação à política de drogas e também aos critérios objetivos utilizados principalmente pelo Uruguai, sendo as 40g de maconha e 06 plantas fêmeas.

Dessa forma, é importante observar os critérios objetivos supracitados utilizados por países das Américas e Europa, para a incorporação dos mesmos em nosso ordenamento jurídico vigente, comparando os dados empíricos e efeitos práticos de tais critérios, utilizando não só a política comparada por conta da diferença cultural e costumeira, mas também a presença de outros métodos de estudo, como a consulta com especialistas da área, ONGs e entidades que fazem análises sobre essas questões, tendo em vista que mesmo com a adoção do critério quantidade, podemos ter ainda a presença da valoração social, racismo estrutural e decisões injustas, como foram citadas no presente artigo científico.

CONCLUSÃO

Conclui-se então, que o proibicionismo instaurado nos Estados Unidos pelo presidente Richard Nixon, influenciou diretamente o ordenamento jurídico brasileiro quanto a criação de normas e legislações ao longo da história, que promoveram políticas públicas repressivas para inibir o uso e o tráfico de substâncias. A vista disso, o Brasil criou normas desproporcionais, que ao invés de se preocupar com o tratamento e a prevenção dos dependentes de substâncias ilícitas, introduziu dispositivos com o intuito de encarcerar ambas as figuras, colocando-as no mesmo nível, aplicando uma sanção privativa de liberdade. Portanto, ficou evidente que o proibicionismo se tornou falho, tendo em vista que a grande repressão às drogas, gerava o enriquecimento das facções criminosas e conseqüentemente leva à corrupção dos agentes públicos.

Nesse contexto, com a criação de novas legislações em nosso ordenamento jurídico, é evidente que a ideia do proibicionismo está sendo desconsiderada, dando lugar a novas políticas públicas visando a prevenção e tratamento do mesmo. Onde é nesse sentido que a Lei 11.343/2006 foi criada, com o intuito de prevenção e tratamento dos dependentes. Contudo, a lei de drogas propõe alguns critérios subjetivos que são fixados no artigo 28, §2, que possui uma ampla variedade de pontos negativos a serem expostos, que prejudica a população das camadas mais vulneráveis da sociedade, promovendo a seletividade penal, a desigualdade social, a estigmatização, a valoração social dos indivíduos e posteriormente a incidência de impactos causados no indivíduo em sociedade, como a insegurança jurídica e decisões injustas.

É importante destacar que diante da inércia do legislativo em propor políticas públicas para a atualização da lei, foi necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 635.659/SP, para debater a respeito da inconstitucionalidade do Art. 28 e da aplicação de critérios objetivos mais justos para ter um sistema mais isonômico em relação ao acusado, haja vista os problemas mencionados acima. Diante disso, houve um grande avanço por parte da suprema corte de nosso país, que definiu por meio do acórdão um critério objetivo de quantidade para a maconha, sendo 40g e 06 plantas fêmeas para a maconha (presunção relativa), baseado na política comparada com o Uruguai. Porém, não fixou a quantidade para outras substâncias, deixando então a discricionariedade do juiz competente. Ou seja, é um avanço pois se tem uma maior segurança ao dependente de maconha, mas que não fixa quantidade para as demais drogas.

Por fim, é imprescindível que a legislação brasileira fixe outros critérios mais concretos para a lei de drogas, utilizando como ponto inicial a quantidade que deve ser fixada para cada substância, que irá ser analisada em conjunto com outros critérios presentes, com o objetivo de trazer segurança jurídica e evitar a avaliação com base em critérios valorativos do indivíduo, assim, evitando possíveis desigualdades sociais e erros judiciais que prejudicam bastante a vida dos acusados.

REFERÊNCIAS

ALLONI, Rafael Tobias de Freitas. **Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas**. SENAD, 2016. 55 p. Disponível em:

https://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/105/1218/Levantamento_sobre_legisla%C3%A7%C3%A3o_sobre_drogas_nas_Am%C3%A9ricas_e_Europa.pdf. Acesso em: 28 out. 2024

BATISTA, J. **Que políticas têm sido adotadas para as drogas no mundo? Entenda a discussão no âmbito das Nações Unidas**. Conectas, 2024. Disponível em:

<https://www.conectas.org/noticias/politica-de-drogas-no-mundo/>. Acesso em: 28 out. 2024.

BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M. **Have we lost the war on drugs?**. Wall Street Journal. Nova York, 2013. Disponível em:

<https://www.wsj.com/articles/SB1000142427887324374004578217682305605070>. Acesso em 28 out. 2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **TRATADO DE DIREITO PENAL - Volume 1, PARTE GERAL**. São Paulo: Saraiva, 2021.

BORGES, M. **A política criminal de drogas e o direito internacional comparado: uma análise conjuntural**. JUSBRASIL, 2020. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-politica-criminal-de-drogas-e-o-direito-internacional-comparado-uma-analise-conjuntural/833653785>. Acesso em 28 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. DF. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635659/SP. Lei 11.343/06. **Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.** Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de Junho de 2024.

CARLINI, Elisaldo Araújo. **A história da maconha no Brasil.** In: Jornal brasileiro de psiquiatria. V. 55, n. 4. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/jbpsiq/a/xGmGR6mBsCFjVMxtHjdsZpC>>. Acesso em: 28 out. 2024.

DE FREITAS ALLONI, R. T. **Levantamento sobre legislação de drogas nas américas e europa e análise comparativa prevalência de uso de drogas.** 2015. Disponível em: <https://comissaosobredrogas-mc.tjmt.jus.br/comissaosobredrogas-prod/cms/Levantamento_sobre_Drogas_099e5802c7.pdf>. Acesso em: 28 out. 2024.

DE OLIVEIRA, Christiane da Silva Souza; DE SOUZA, Tatiana Lourenço Lourenço Emmerich. **Uma análise do julgamento do recurso extraordinário n.º 635.659 no STF: O subjetivismo dos critérios para a distinção do porte de drogas para consumo pessoal no Brasil.** REVISTA RATIO IURIS, 2024. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/rri/article/view/69264/39712>>. Acesso em 28 out. 2024.

DE PADOVA MARCHI JÚNIOR, A. **Política antidrogas: avanços e permanências de 2023.** Conjur, 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-jan-12/avancos-e-permanencias-de-2023/>>. Acesso em: 28 set. 2024.

Drogas. Toda Matéria, 2013. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/drogas/>>. Acesso em: 28 out. 2024.

Guerra às drogas: origem, características e consequências!. Politize, 2022. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/guerra-as-drogas/>>. Acesso em: 28 out. 2024.

HENRIQUE, Helder. **Breve história da lei de drogas no Brasil.** JusBrasil. 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/breve-historia-da-lei-de-drogas-no-brasil/1188346393>>. Acesso em: 28 out. 2024.

Histórico Legal das Políticas Sobre Drogas no Brasil e Rio Grande do Sul. Gov. 2020.

Disponível em:

<https://justica.rs.gov.br/historico-legal-das-politicas-sobre-drogas-no-brasil-e-rio-grande-do-su>

l. Acesso em: 28 out. 2024.

Lei no 11.343 de 23 de agosto de 2006. Brasília, DF. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm#view. Acesso

em: 28 out. 2024.

LEMOS, Livia. **Lei de Drogas é a maior responsável por encarceramento em massa da população negra.** Jornal da USP. São Paulo, 20 de Fev. de 2024. Disponível em:

<https://jornal.usp.br/diversidade/lei-de-drogas-e-a-maior-responsavel-por-encarceramento-em-massa-da-populacao-negra/>. Acesso em: 28 out. 2024.

LUCIO, Alessandra Garcia Nogueira. **O sistema prisional “uma máquina de moer gente” e a carne predileta continua sendo a negra! o encarceramento em massa da população da**

negra, genocídio negro e sistema de justiça. dissertação. Pós-Graduação em Humanidades, Direitos e outras legitimidades da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Sociais. 2023.

USP. São Paulo. Disponível em:

https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8161/tde-14032024-112142/publico/2023_AlessandraGarciaNogueiraLucio_VCorrig.pdf. Acesso em 28 out. 2024.

Número de réus negros em crimes por tráfico de drogas no Brasil é duas vezes superior ao de brancos. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 31 de out. de 2023. Disponível

em:

<https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/14107-numero-de-reus-negros-em-crimes-por-trafico-de-drogas-no-brasil-e-duas-vezes-superior-ao-de-brancos>.

Acesso em: 28 out. 2024

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis; CURY Matheus Guimarães. **Lei de Drogas, (Leis especiais comentadas para concursos).** São Paulo, Riddel, 2016. p. 136.

Política sobre drogas. PLANAD, 2022. Disponível em:

https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/arquivo-manual-de-avaliacao-e-alienacao-de-bens/planad_set_2022.pdf. Acesso em: 28 out. 2024.

Portaria no 344, de 12 de maio de 1998. Ministério da Saúde / Secretaria de Vigilância em Saúde. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 28 out. 2024.

SIMINBÚ, Fabiola. **Pesquisa revela graves problemas na aplicação da Lei de Drogas.** Agência Brasil. 22 set. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-09/pesquisa-revela-graves-problemas-na-aplicacao-da-lei-de-drogas>. Acesso em: 28 out. 2024.

SOUZA, D. **Veja 20 países das Américas que diferenciam usuário de traficante.** Metrôpoles, 2024. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/saiba-os-20-paises-das-americas-que-diferenciam-usuario-de-trafficante>. Acesso em: 28 out. 2024.

LA NATURALEZA JURÍDICA HÍBRIDA POLIVALENTE DE LA FAMILIA ROMANA

THE POLYVALENT HYBRID LEGAL NATURE OF THE ROMAN FAMILY

Guillermo Suárez Blázquez¹

RESUMEN

La familia romana arcaica es una institución que presenta un carácter jurídico híbrido. Por una parte, parece evidente que, inicialmente, se formó como una institución jurídica privada, pues se componía de un grupo de personas que estuvieron sometidas a la patria potestad absoluta de un *pater familias*. Sin embargo, por otra parte, la familia fue una institución social que nació con una proyección jurídica pública evidente. Desde los primeros tiempos, Roma se configuró como una comunidad institucional de *patres familiarum*. En esta dirección, si atendemos a la óptica del diseño primigenio del Estado, la familia fue una célula fundacional de éste, y, por ende, formó parte directa de los primeros planeamientos rústicos y urbanos que se realizaron por los agrimensores de Roma. De esta forma, la familia se incardinó en el diseño de la administración territorial y en el censo nacional. En consecuencia, la familia fue la primera unidad social y jurídica, básica, híbrida, de naturaleza pública y privada, que formó parte del diseño de Roma como comunidad jurídicamente organizada, es decir, como Ciudad estado.

Palabras Claves: Familia, Estado, patria potestad, matrimonio, territorio.

ABSTRACT

The Roman archaic family is an institution that presents a hybrid character. On one hand, it is evident that initially is formed as a social and juridical private institution, since it consists of a group of persons who are submitted to the native private and absolute legal authority of a *pater familias*. Nevertheless, on the other hand, the family is an institution that it is born with juridical public projection. From the first times the institution forms a part direct of the first rustic and urban plannings that are realized by the land-surveyors of Rome. Of this form, the family joins the territorial administration and the national census. In consequence, the family is the social and juridical basic, hybrid cell, of public and private nature that forms a part of the design of Rome as community juridically organized, that is to say, as City State.

¹ Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Vigo. <https://orcid.org/0000-0002-1034-8305>

Key words: Family, State, parental rights, marriage, territory.

I. ETIMOLOGÍA

El concepto etimológico de familia hunde sus raíces en la ancestral cultura de los pueblos indoeuropeos. La institución es antiquísima y parece encontrar sus pilares lingüísticos primigenios en la lengua de los oscos (*osci*). Según el idioma de este pueblo prerromano, que en el primer milenio a. C. habitaba en el sur de la península itálica, el término *familia* deriva bien del nominativo *famul*, bien de *famulus – i*:² “*Famuli origo ab Oscis dependet, apud quos servus famel nominabatur, unde et familia vocata*”, *Paul. Ex Fest. P. 87, 5 Müll.*

Según estos principios del sánscrito, *famul* equivale al término *dha* = asentamiento. *Familia* parece identificarse con un territorio que es dominado por un clan que se encuentra bajo el poder de un dirigente. Desde una óptica más amplia, en dos sentidos primigenios se debe interpretar la voz *famula – ae*³. Por una parte, *familia* significaría la casa, *faama* en el lenguaje de los oscos, y, por otra, un conjunto de siervos. En esta última acepción, *familia* equivaldría a esclavitud.

En los orígenes remotos itálicos, la familia se compondría de personas sometidas, quienes servirían, permanentemente, a un jefe varón. Esta tesis cuenta con fundamentos históricos sólidos. En Roma arcaica, el *paterfamilias* era el único titular del poder de gobierno sobre su *familia*, o grupo de personas sometidas, a la que pertenecían también los esclavos. Según se desprende de los escritos de los juristas clásicos, los siervos – *mancipia* – eran considerados, tal vez por herencia etimológica, *familia*. En este sentido, Ulpiano, en sus comentarios históricos al edicto del pretor, sostiene: “*unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit*”⁴. Familia rústica, si prestaban servicios en los campos agrarios. Trebacio, llama *familia rustica* a los esclavos campesinos⁵. Y familia urbana, si prestaban labores en la ciudad.

² *A Latin Dictionary, Lewis and Short, Oxford, 1989, sv. famulus – i.*

³ *Ibid. sv. famula – ae.*

⁴ *D. 50, 16, 195, 3, Ulpiano, comentarios al libro XLVI al edicto del pretor. Por su parte, Pomponio, en sus comentarios al Libro VI ad Sabinum, D. 50, 16, 166, sostiene que: “urbana familia et rustica non loco sed genere distinguitur; potest enim aliquis dispensator non esse servorum urbanorum numero”.*

⁵ *D. 33, 7, 12, 5, Ulpiano libro 20 ad Sabinum.*

Esta identificación del concepto de *familia* con un grupo de hombres sometidos al yugo de la servidumbre permanente de un jefe parece ser la más remota de la institución. Concepto que recibió Roma de las civilizaciones y de los pueblos precívicos, y que penetró y moldeó, de modo primigenio, las entrañas iniciales de la familia arcaica. Sólo el *paterfamilias* varón tenía poder jurídico para someter (*mancipium*) a su *familia*. De este modo, *familia* equivaldría también a *mancipium*. Los miembros del clan eran sujetos por el *mancipium*, o potestad política y doméstica de un mismo jefe: “*personae quae in mancipio sint*”⁶.

En la mitad del siglo II d. C aprox., esta tesis fue reportada de modo cristalino por Gayo, quien sostuvo en sus Instituciones:

*Omnes igitur liberorum personae, sive masculini sive feminini sexus, quae in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt*⁷.

Todavía en la etapa clásica, los *liberi* (*filiusfamilias*, *filiafamilias*)– quienes fueron *mancipia* (infancia *mancipi*) en la edad arcaica, y los esclavos, todavía *mancipia* en este tiempo, constituían un conjunto de personas sometidas, que conformaban la *familia*, y que su *paterfamilias* podía mancipar⁸.

1.1 INEXISTENCIA DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO DE FAMILIA

A pesar del arraigo social y jurídico inicial de la familia, como institución primigenia de Roma, sin embargo, si creemos al profesor Edoardo Volterra, el *ius civile* no creó un ordenamiento jurídico específico para ella y para las instituciones conexas, es decir, un derecho de familia. Según este autor, la jurisprudencia clásica abordó el

⁶ Sobre la relación del *mancipium* con la *manumissio* de los miembros de la familia arcaica, De Visscher, De l’acquisition de la cité para “*manumissio*”, en “*SHDI*”, 1946.

⁷ Gayo, Inst. 1, 116 – 117.

⁸ Fernández de Buján A., *Derecho Privado Romano*, sexta edición, Iustel, Madrid 2013, p. 269: “la familia romana se configura en la época arcaica como un grupo de personas que viven bajo la potestad absoluta del *paterfamilias*, potestad que se ejerce unitariamente sobre todo el conjunto de personas libres y sometidas a esclavitud, tierras, animales, y demás cosas que los romanos incluyen bajo la denominación de familia”.

análisis y el estudio de las diferentes instituciones relacionadas con la familia (matrimonio, dote, esponsales, patria potestad, donaciones entre los cónyuges, etc.), de forma individual y separada. Según el insigne romanista, la jurisprudencia clasificó la posición jurídica individual que tenía cada miembro de una misma familia. Tal vez, por ello, las obras de los autores clásicos, las fuentes legales y las distintas compilaciones jurídicas siguieron esta misma tendencia⁹. En esta dirección, según Volterra, no será hasta el Bajo Imperio, por influjo del cristianismo, cuando se produzca un cambio de orientación (cobra fuerza en la época tardía bizantina) que tratará de agrupar las diferentes instituciones en el ámbito, y bajo la competencia, del derecho de familia¹⁰.

Existió una gran dispersión histórica inicial del concepto y de las diversas instituciones que estaban directamente relacionadas con la familia. Por ello, con este estudio pretendo analizar esta institución civil y su naturaleza jurídica originaria.

1.2 EL PROBLEMA DE LOS ORÍGENES: TEORÍAS DE LA DOCTRINA TRADICIONAL.

El origen, el concepto y la naturaleza jurídica de la familia son problemas que han sido estudiados, de forma exhaustiva, por numerosos autores, tanto por los sociólogos como por los antropólogos, los juristas romanistas y los juristas civilistas del siglo XIX, el siglo XX d. C, así como los actuales. La razón de esta especial atención a la institución y a su esfera de influencia parece explicarla convincentemente el profesor Volterra: “la ricostruzione della nozione che i giuristi romani avevano della famiglia costituisce un problema difficile dal punto di vista storico, come si avverte subito esaminando la copiosissima letteratura moderna sull’argomento¹¹”. Además, a este problema histórico-jurídico se debe añadir otro: la familia sufrió transformaciones durante el largo proceso histórico evolutivo por el que atravesó la vida del pueblo de los romanos.

⁹ Volterra, E., sv.: *famiglia* (dir. rom), en E.D., vol. 16 (1967) p. 723.

¹⁰ *Ibid.* cit. pp. 724 – 725.

¹¹ *Ibid.*, cit. p. 723.

Desde la perspectiva del derecho arcaico, en primer lugar, debemos analizar, por sobresaliente, las tesis sobre la familia que fueron construidas por Pietro Bonfante. Como es conocido, para este romanista, ésta constituyó una estructura política soberana, que se gobernó mediante potestades absolutas de un *paterfamilias*. Su nacimiento obedecería a un proceso de segregación de los grupos gentilicios, es decir, grandes colectivos de personas que estaban unidos por lazos de parentesco comunes, y que descendían del mismo tronco común. Con seguridad, a juicio del autor, estos grupos amplios eran anteriores al propio nacimiento de Roma¹².

Para Bonfante, la familia arcaica era un organismo político soberano y de defensa, que se rige mediante poderes patriarcales que eran similares a las potestades políticas que regía el gobierno del Estado¹³. La *civitas* tiene un territorio soberano, sagrado, e inviolable. De la misma manera, la *domus* y el *heredium* son las sedes territoriales, sagradas e inviolables, de la familia.

Desde la óptica de los poderes privados, que ejercía el *paterfamilias*, también Bonfante encontraba similitudes con los poderes públicos que administraba el rey durante su monarquía. Así, la *patria potestas* y la *manus* que ejercía el *paterfamilias* sobre los miembros de su *familia* tenían su paralelismo en la *potestas* y en la *manus* que administraba el rey sobre los ciudadanos. Otro tanto sucedía con el ingreso y la salida tanto de la familia como del Estado. Con relación al ingreso en la familia, el *ius tollendi* arcaico era el derecho que tenía el *paterfamilias* de reconocer o rechazar, como agnado legítimo, al hijo recién nacido. Si aquel no acogía y aceptaba al hijo recién nacido en su seno, *tollere liberum* (acto formal de coger y levantar al recién nacido postrado en el suelo a sus pies) este se hacía jurídicamente extraño (extranjero) a la familia¹⁴. Lo mismo acontece con la salida de la familia. Si el *paterfamilias* emancipa, o bien entrega en adopción al hijo¹⁵ a otro *paterfamilias*, tanto el emancipado como el adoptado se hacían extraños – *extranei* - a su familia de origen. Y, desde la óptica del

¹² Bonfante, P. *Corso di Diritto Romano*, vol. 2, La Proprietà, Parte I, Giuffrè editore, Milano, 1966, pp. 212 – 215; 257.

¹³ Bonfante, “*Il metodo naturalistico nella storia del diritto*”, en Riv. It. di Sociología, 1917, vol. 21, pp. 53 – 72.

¹⁴ Perozzi S., “*Tollere liberum*”, en *Studi Simoncelli*, Napoli, 1917, p. 213 ss.

¹⁵ Rodríguez Ennes, L., “*La adopción romana: continuidad y discontinuidad de un modelo*”, en *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 18, 1, (2009) p. 118, manifiesta, acertadamente, que “el adoptado entraba en la nueva familia como se entra a formar parte del Estado”.

poder público, si el rey deportaba del territorio romano a un ciudadano, este último perdía la ciudadanía, y, en consecuencia, también se hacía extraño para el Estado.

Otras facultades, como la patria potestad, el *ius vitae et necis*, el *ius exponendi*, la “*iurisdictio*, la *coercitio*, o represión penal privada” del *pater* (quien es asistido en estas funciones por un consejo de parientes), así como el *ius noxae dandi* y el ejercicio del *mancipium* sobre los fundos agrarios eran potestades soberanas y políticas, que el *pater* ejercitaba en el ámbito privado de la familia. De la misma manera, y desde la perspectiva del Derecho público, estas prerrogativas fueron competencias del rey. Además, según Bonfante, estas competencias políticas públicas formaron parte posteriormente del *imperium* de los magistrados republicanos, quienes las administraron en representación del *populus romanus quiritium*¹⁶.

Estas ideas sobresalientes presentaron a la familia romana arcaica como un ente político, soberano e independiente. Han tenido y tienen una repercusión importantísima en los estudios civiles actuales. Sin embargo, esta posición, que sigue siendo aceptada de forma mayoritaria por la doctrina romanista y civilista, ha sido contestada y matizada convincentemente por Eduardo Volterra, quien afirmó que la familia tenía su razón de ser tanto en el matrimonio legítimo como en el reconocimiento legal y normativo de la *Civitas*¹⁷. Así, según este autor, “in epoca storica il gruppo domestico designato col nome di *familia* appare per tanto composto dal *paterfamilias* dalla donna a lui unita in *iustae nuptiae*, da coloro che realmente o fittiziamente sono posti nella condizione di suoi figli legittimi e pertanto sottoposti alla sua *patria potestas* e dai discendenti legittimi da suoi *filiifamilias* maschi, cioè concepiti in *iustae nuptiae* quando i padri si trovano sotto la sua *patria potestas*¹⁸”.

Por su parte, Antonio Fernández de Buján, ha puesto de relieve la naturaleza jurídica pública de la familia, pues sostiene, acertadamente, la similitud de la comunidad doméstica, ente institucional que goza de una amplia esfera de autonomía, que es gobernada por un *paterfamilias*, con la república, y, por ende, con el Estado¹⁹.

¹⁶ Bonfante, “*Il metodo naturalistico nella storia del diritto*”, en *Riv. it. di Sociologia*, 1917, vol. 21, pp. 53 – 72., = *Forme Primitive ed evoluzione della proprietà romana (Res Mancipi e nec Mancipi)*, Roma, 1988- 1989, = “*Corso di Diritto Romano*”, vol. 2. *La Proprietà*, Parte I, pp. 212 – 215, 257.

¹⁷ Volterra, *cit.* pp. 737 – 742.

¹⁸ *Ibid.*, *cit.* p. 742.

¹⁹ Fernández de Buján A., *cit.* p. 265

Desde una óptica patrimonial, Vincenzo Arangio Ruiz creyó que el fundamento de la familia era económico²⁰. Y no faltan autores, como Guarino, para quien la familia es un organismo cerrado y autárquico, que se concentra en la potestad del *paterfamilias*. La familia tuvo lejanos orígenes políticos y gozó de autonomía respecto de las gentes y de las tribus²¹.

Desde otra perspectiva, Fustel de Coulanges sostuvo que la comunidad de cultos y la religión constituyeron la comunidad y el fundamento del núcleo familiar²². Lo cierto es que algunos escritos del estadista republicano Cicerón (*De Legibus* 2, 19, 48), y del jurista clásico Gayo apoyan esta tesis. Ambos sostuvieron que los ciudadanos romanos tenían una especial y profunda reverencia por los cultos (*sacra*) de la familia. El *paterfamilias* era el sacerdote del culto doméstico. Al decir del Arpinate, “*morte patris familias sacrorum memoriae occidere*”. La muerte del *paterfamilias* generaba la pérdida de la memoria sagrada de los dioses. Este hecho justificaría la obligación que incumbía a los sucesores (muy vigilada por los pontífices) de hacerse cargo tanto de los bienes hereditarios como de los cultos sagrados y religiosos (*sacra*²³) de la familia. También, según sostuvo Gayo, en este contexto, de máximo respeto a los cultos y a la familia, se debe situar el nacimiento jurídico de la antiquísima *usucapio pro herede*²⁴. Con todo, la tesis de Fustel de Coulanges parece no responder satisfactoriamente a todas las acepciones que presentaba la institución. Sin embargo, estimamos que su posición ha enriquecido notablemente los orígenes misteriosos que envolvieron la naturaleza de la familia romana arcaica.

Por otra parte, algunos estudios sociológicos han intentado dar una explicación satisfactoria al problema de los orígenes de esta institución. A tal fin, algunos antropólogos han estudiado a la familia desde un punto de vista etnológico. Así, Eduard Meyer²⁵, quien fue seguido por De Sanctis,²⁶ sostuvo que la familia se formó por

²⁰ Arangio Ruiz, V., “Le genti e le città”, en “*Ann. Messina*”, 1913 - 1914, pp. 58 ss.

²¹ Guarino, A., *Profilo del Diritto Romano*, 7ª edizione, Jovene Editore, Napoli, 1989, p. 71.

²² Fustel de Coulanges, *La cité antique. Etude sur le culte, le droit, les institutions de la Grece et de Rome*, París, 1903.

²³ Cicerón, *De Legibus*, 2, 19, 48 - 49. Suárez Blázquez, V., *Donatio Mortis Causa*, Andavira editora, Santiago de Compostela, 2012, pp. 120 - 121.

²⁴ Gayo, *Inst.* 2, 55.

²⁵ Meyer E., *Zu alten Geschichte*, vol. 2, 1899, p. 514.

²⁶ De Sanctis., *Per la scienza dell' antichità*, Turín, 1909, p. 414.

obra y en el seno del estado como una horda y fue fruto de su escisión. Por su parte, Morgan sostuvo que en las etapas más arcaicas de la humanidad existieron diversas etapas o fases evolutivas relacionadas con la agrupación de los hombres:

1º. Conjunto de individuos que practicaban la promiscuidad. 2º. Clanes de familias consanguíneas 3º. Familias dominadas por un matriarcado. 4º. Patriarcado poligámico. 5º. Familia fundada en la pareja de hombre y mujer, monogámica²⁷.

Para este autor, el poder patriarcal recaía, generalmente, en el ascendiente de más edad, quien era elegido por los miembros varones del clan²⁸. La potestad patriarcal no fue exclusiva de los ciudadanos romanos, pues se podía hallar anteriormente en los clanes bárbaros y en diversos pueblos orientales²⁹.

Desde un punto de vista histórico y jurídico comparado, el jurista e historiador Henry Sumner Maine sostuvo, al tenor de las noticias que reportan los libros del Antiguo Testamento, que la estructura patriarcal era uno de los pilares de la familia de las sociedades y del derecho primitivo. Así, según este autor, “los puntos que resaltan en la historia son los siguientes. El pariente varón de más edad era dueño absoluto en su casa; tenía el poder de vida y muerte sobre sus hijos y su familia, al mismo tiempo que sobre sus esclavos. Y en realidad, las relaciones de padre é hijo y de señor y esclavo no diferían apenas en otra cosa que en la capacidad del hijo para llegar a jefe de la familia; los rebaños de los hijos pertenecían al padre, y los bienes del padre, que él poseía, más bien como magistrado que como propietario, eran divididos por igual á su muerte entre los descendientes del primer grado, recibiendo el primogénito alguna vez una parte doble, bajo el derecho de primogenitura; pero, en general, sin otra ventaja hereditaria que una preeminencia honorífica. Se puede sacar, de los relatos de la Escritura, la consecuencia, al menos aparente, de que nos ponen en camino de fijar los primeros rasgos de la patria potestad³⁰”.

En otra dirección, otros juristas sostuvieron que la familia arcaica constituyó una estructura viva e individual. Inicialmente formó parte y se integró en

²⁷ Morgan L. H., *Ancient Society*, Londres, 1877.

²⁸ *Ibid.* *Ancien droit et coutume primitive*, París, 1880, p. 260.

²⁹ Morgan L. H., *L'ancien droit*, trad. franc., París, p. 125.

³⁰ Sumner Maine H., *El Derecho antiguo*, Madrid, Tomo I, 1893, p. 88 ss.

grupos colectivos gentilicios más amplios de parentesco sin grados. Esta tesis fue defendida vivamente por Guarino³¹ y Gennaro Franciosi³². Estos grupos colectivos gentilicios descendían, a su vez, según sostuvo Feliciano Serrao, de grupos más amplios, sin jefes definidos. Clanes que estarían unidos sin ningún tipo de parentesco ni de grados generacionales, y que, probablemente, surgieron de matrimonios colectivos endogámicos³³. Ideas, que, a nuestro juicio, son en parte acordes con los postulados de Eduard Meyer. Doctrinas que, además, nos acercarían al concepto biológico de tribu, es decir, “grupo taxonómico en que se dividen muchas familias y que, a su vez, se subdividen en géneros³⁴”.

Por su parte, F. Engels sostuvo que, en los primeros tiempos de la Ciudad-Estado, la *gens* tenía las siguientes características:

1. El derecho hereditario recíproco de los gentiles: los bienes quedaban siempre dentro de la *gens*.
2. La posesión de un lugar de sepultura común.
3. Las solemnidades religiosas comunes.
4. La obligación de no casarse dentro de la *gens*.
5. La posesión de la tierra en común.
6. La obligación de los miembros de la *gens* de prestarse mutuamente socorro y asistencia.
7. El derecho de llevar el nombre de la *gens*.
8. El derecho a adoptar extraños en la *gens*.
9. El derecho a elegir y deponer al jefe de la *gens*³⁵.

Estos análisis explican el origen de la familia como institución sociológica e individual, que se integra en grupos precívicos más amplios. Sin embargo, dan una respuesta completamente satisfactoria al anclaje de la familia, como institución civil jurídicamente organizada, en el Estado. La doble impronta jurídica de la familia arcaica romana como *familia comuni iure* y como *familia proprio iure* sirve para diferenciarla de otros colectivos de pueblos y comunidades del Mundo Antiguo. Con certeza, en Roma primitiva existieron grupos de personas que permanecían unidas bajo el poder

³¹ Guarino, cit. p. 15: “Dalla sucesiva aggregazione di questa famiglie potestative in gruppi piú potenti, solitamente (ma non sempre) facilitata da rapporti di parentela, vennero fuori i clans, le *gentes*, diretti da un capo (*princeps gentis*) di generale gradimento dei padri di famiglia”.

³² Gennaro F, *Clan gentilizio e strutture monogamiche: contributo alla storia della famiglia romana*, Eugenio Jovene, 1976, Napoli.

³³ Serrao, F., *Diritto privato economia e societa nella storia di Roma*, Prima Parte, Jovene Editore, Napoli, 1987, p. 59.

³⁴ Sv. “Tribu”, en Diccionario de la Lengua Española, R.A.E.

³⁵ Engels F., “*Origen de la Familia, la Propiedad y el Estado*”, 1884, Hottingen – Zurich, en Archivo Marx – Engels de la Sección en Español del Marxista, Internet Archive (www.marxist.org), 2010 – 2012, cp. 6: “La *gens* y el Estado de Roma”.

político de un mismo jefe, *pater gentes*. A su vez, las gentes estaban compuestas por numerosas familias que descendían del mismo tronco común (gentilicio). Así, según sostuvo Jesús Daza Martínez, “la *gens* fue un tipo de organización o agrupación en el que se mezclan elementos religiosos con relaciones de parentesco y vínculos presididos por distintos intereses (económicos, de coexistencia ordenada, de defensa)”³⁶. Por su parte, Luis Rodríguez Ennes cree que “la *gens* sería el nexo de la *civitas* con la familia individual”³⁷. Para nosotros es evidente que la familia gentilicia (*familia plurium personarum*) engendra a la familia individual (*proprio iure*). Es inconcebible la una sin la otra. Esta última nace y se alimenta de aquella. Así mismo, la familia individual no se desgaja completamente del grupo gentilicio, pues los grupos de nuevas familias *proprio iure* son las ramas que enriquecen el tronco y la descendencia de la familia gentilicia (*communi iure*). En este sentido, Ulpiano sostuvo en los comienzos del siglo III d. C. que la *gens* fue el tronco consanguíneo de una pluralidad de personas que conformaban numerosas familias individuales, que descendían de un mismo y último progenitor:

.... item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguinis proficiscuntur, sicuti dicimus familiam Iuliam.³⁸

La familia gentilicia nutría a la familia individual patriarcal y patrilineal, pues estaba formada por descendientes unidos por vínculos agnaticios, que se transmitían por la línea de un varón:

Comuni iure familiam dicimus omnium agnatorum; nam et si patrem familias mortuo singuli singulas familiam habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabantur, qui ex eadem domo et gente proditu sunt³⁹.

La unión jurídica de la familia individual con la gran familia gentilicia, y la evidente conexión jurídica de ambas con el concepto jurídico de tribu (como asamblea administrativa territorial primigenia) conformaron el diseño demográfico, territorial y

³⁶ Daza Martínez, J. *Iniciación Histórica al Derecho Romano*, Alicante, 1988, p. 49.

³⁷ Rodríguez Ennes L., cit. p. 33.

³⁸ D. 50, 16, 195, 4.

³⁹ D. 50, 16, 195, 2.

administrativo de Roma arcaica. En este sentido, si creemos a Guarino, “dalla sucesiva aggregazione di queste famiglie potestative in gruppi piú potenti, solitamente (ma non sempre) facilitata da rapporti di parentela, vennero fuori i clans, le *gentes*, diretti da un capo (*princeps gentis*) di generale gradimento dei padri di famiglia. Dalle genti si passò alla costituzione di almeno tre distinte tribú gentilizie e dalla unione delle tribú gentilizie si giunse finalmente, nel sec. VIII a.C., alla *civitas Quiritium*”⁴⁰. Sin embargo, según creyó anteriormente F. Engels, la Ciudad-Estado se formó directamente por la unión o agrupación de los grupos gentilicios⁴¹.

Probablemente, la unión de los *patres* (jefes de estos grupos) conformó las curias, y la unión de éstas hizo surgir las tres tribus iniciales de Roma. Así diez casas formarían una gens y diez gentes una curia (= 100 casas). Por último, diez curias constituyeron una tribu⁴². El conjunto de las tres tribus conformaba el pueblo romano como Estado, *populus romanus quiritum*. Por ello, se puede sostener que la unidad primaria de la gens era la familia individual (diez casas = una gens). En este sentido, al decir acertado de Federico Fernández de Buján, “la etimología de *curia* es *co – viria*, lo que significa reunión de varones”. Es decir, asamblea o reunión de *patresfamiliarum*⁴³.

Por otra parte, en Roma arcaica, la familia nacía de la celebración de matrimonios monogámicos y exogámicos, cuya existencia Engels y T. Mommsen reconocieron⁴⁴. La célula elemental del Estado romano era la familia individual, *familia proprio iure*, institución que aparecía siempre unida, en los tiempos primigenios, a su matriz, es decir, el grupo gentilicio. En esta dirección es acertado el parecer de Jane F. Gardner, quien sostuvo: “according to Roman Law, Roman society was made up of *familiae*; in real life, the Roman belonged to families”⁴⁵.

La concatenación jurídica de la gran familia y la pequeña familia agnáticas persistía todavía en la mitad del siglo V a. d. C. En este tiempo, la ley de las XII Tablas consagraba su unión legislativa mediante la creación de eslabones encadenados, que

⁴⁰ Guarino A., cit. p. 15.

⁴¹ Engels F., cit. cap. 6.

⁴² Fernández de Buján F., García Garrido J., *Fundamentos Clásicos de la Administración y la Democracia*, Ediciones Académicas, Madrid, 2010, p. 128.

⁴³ Fernández de Buján F., García Garrido J., cit. p. 128.

⁴⁴ Engels F., cit. p. 6. Mommsen T., *Investigaciones Romanas*, Berlín, vol. 2, 1864, pp. 9 – 11.

⁴⁵ F. Gardner J., *Family and Familia in Roman Law and Life*, Oxford University Press, New York, 1998, reprinted 2004, p. 1.

están jurídicamente representados por los diferentes llamamientos sucesorios *ab intestato* (T. V, 2): “*Si intestato moritur cui suus heres nec scit adgnatus proximus familiam habeto*”.

En esta dirección, en el siglo I a. d. C., Cicerón sostenía: “*si pater familias intestato moritur, familiae pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto*”. Según este fragmento, *familia pecuniaque* era el patrimonio hereditario del *pater familias*. Este se transmitía a los *adgnati*, y, en último término, a los gentiles⁴⁶. Por su parte, en la mitad del siglo II d. C. aproximadamente, el jurista Gayo afirmaba, “*si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditem vocat*”⁴⁷. Posteriormente, el jurista *Ulpiano* (inicios del siglo II d. C.) confirmaba también la existencia del viejo precepto decenviral: “*si agnatus nec escit, gentiles familiam avento*”⁴⁸.

Parece evidente, según la norma de la ley de las XII Tablas, que el patrimonio hereditario (= *familia habeto*), que no encuentra sucesión en la rama de la familia agnaticia individual (*heredes sui*⁴⁹, *agnati*⁵⁰) debe volver, por imperativo legal, al tronco familiar común gentilicio (*familia communi iure*). En consecuencia, los bienes de la familia arcaica no pueden salir de ella, es decir, no pueden pasar de una familia, que pertenece o desciende de un tronco gentilicio, a otra familia diferente, que pertenece y desciende de otro tronco común gentilicio. Durante siglos, el patrimonio de la *familia proprio iure* se perpetuó por la línea de varón o bien retornó *ab intestato* a la *familia communi iure*, bien a la *familia* de los *agnati*, bien a las familias de los gentiles.

I.3. FAMILIA AGNATICIA VERSUS FAMILIA COGNATICIA

La semilla de la familia romana germinó con otros bulbos jurídicos profundos. Así, parece cierto que una parte de su raíz está en los vínculos agnaticios, que ligaban al *paterfamilias* con sus descendientes *sub potestate*. Pero, la otra parte de su anclaje se encuentra en la misma ley natural, que permite la creación, la protección y la perpetuación de la vida. Fines que están escritos, de forma indeleble, en la herencia

⁴⁶ Cicerón, *Auct. ad Herennium*, I, 13, 23.

⁴⁷ Gayo, *Inst.* 3, 19.

⁴⁸ *Tituli Ex Corpore Ulpiani*, 26, 1º.

⁴⁹ *Ibid.* 3, 1.

⁵⁰ *Ibid.* 3, 9.

genética y en la consanguinidad de los hombres. La familia romana originaria de la *civitas* es agnaticia y cognaticia. Sin embargo, estos vínculos de filiación del grupo familiar arcaico tuvieron distinto valor para la jurisprudencia pontifical y el derecho civil quirritario. El concepto biológico - *rerum natura*⁵¹ - de la familia romana arcaica parece permanecer oculto en los primeros siglos. Su importante valor fue preterido y menospreciado por el derecho civil *vetus*. En este sentido, Gayo sostuvo: “*sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patri cognati, veluti frater eodem patre natus, fratres filius neposue ex eo, item patruus et patrui filius et nepos ex eo. At hi qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati*”⁵². Por su parte, Justiniano afirmaba que en la etapa primitiva romana: “*ex cognationum ordine agnationis iure iis recluso*”, es decir, a la orden de los cognados el derecho de agnación le estaba cerrado⁵³. Mientras los vínculos agnaticios, *iure agnationis*⁵⁴ eran *ex iure quirritium*, los vínculos cognaticios sólo eran tenidos en cuenta por el *ordo naturalis*.

Esta gran diferencia jurídica entre los vínculos de parentesco, que fue creada por el derecho civil arcaico de los romanos, fue determinante: el *ius agnationis* del varón es el elemento jurídico nacional civil originario que creó el sello jurídico de la familia romana. La ley de las XII Tablas confirmó esta tesis. Según esta norma, cuando fallece el *paterfamilias* sin dejar *heredes sui*, la familia se transmite al *agnatus proximus*: “*si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*”⁵⁵. En este sentido, se situó también Justiniano, quien sostuvo que la herencia primitiva se transmitía por la línea de varón. Así, la herencia de la sobrina pasaba al tío paterno, pero no viceversa: “*quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur ita iura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent*”⁵⁶.

La familia romana arcaica era agnaticia por derecho civil y cognada por derecho natural. La *adgnatio* jurídica civil perpetuaba la familia por la línea de varón: “*sunt autem cognati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patri cognati,*

⁵¹ *SRP* 4, 11, 8.

⁵² Gayo, *Inst.* 1, 156.

⁵³ Justiniano, *Inst.* 3, 2, 7.

⁵⁴ *Ibid.* 3, 2, 7.

⁵⁵ *Ibid.* 3, 9 -11. *Tituli Ex Corpore Ulpiani*, 26, 1.

⁵⁶ Justiniano, *Inst.* 3, 2, 3.

*veluti frater eodem patre natus, fratres filius neposue ex eo, item patruus et patruus filius et nepos ex eo*⁵⁷. Por su parte, la *cognatio* tenía por objeto a la mujer y sus descendientes femeninos, y los situaba fuera de la institución de la familia: “*at hi qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur non sunt agnati, sed alias iure cognati*”⁵⁸. La descendencia de la mujer seguía el derecho agnaticio del *paterfamilias*⁵⁹. En este sentido, si creemos a Justiniano, la jurisprudencia media (*media iurisprudencia*), que es posterior a la ley de las XII Tablas, repelía a las mujeres de la sucesión agnaticia “*eas a successione agnatorum repellebat*”⁶⁰, y desconocía la sucesión hereditaria cognaticia “*alia successione incognita*”⁶¹. Por ello, como reiteradamente nos informa la jurisprudencia, la mujer es principio y fin de su propia familia. Acaso tenía razón Montesquieu, quien sostuvo que la explicación de la falta de valoración jurídica de los vínculos cognaticios de la familia arcaica fue la razón fundamental que evitó que el patrimonio hereditario (fincas, esclavos, ganado) pasase de padre a hijas, pues éstas abandonaban y se hacían extrañas a su familia de origen cuando contraían justas nupcias con otro *paterfamilias*⁶²:

La ley de la división de tierras exigía que los bienes de una familia no pasasen a otra; de esto resultó que sólo hubo dos órdenes de herederos llamados por la ley; los hijos y todos los descendientes que estuvieran bajo la potestad del padre, a los que se llamó herederos suyos, y a falta de ellos los varones que fuesen más próximos parientes, a los que se dio el nombre de *agnados*. Los parientes por línea femenina, a los que se llamó *cognados*, no debían suceder, pues habrían hecho pasar los bienes a otra familia”, por ello, “cuando el padre no instituía ni desheredaba a su hijo, el testamento se rompía; mas era válido, aunque no instituyera ni desheredara a su hija. Veo la razón de esta diferencia. No instituyendo heredero ni desheredando al hijo, perjudicaba al nieto, que habría sucedido *ab intestato* a su padre; pero no instituyendo ni desheredando a la hija, ningún perjuicio causaba a los hijos de ésta, que no habrían de suceder *ab intestato* a su madre⁶³

Este modelo de familia arcaica agnaticia pervive desde los orígenes hasta los últimos tiempos de la República. La familia es agnaticia y los descendientes suceden

⁵⁷ Gayo *Inst.* 1, 156.

⁵⁸ *Ibid.* 1, 156.

⁵⁹ D.50, 16, 196, 1.

⁶⁰ Gayo *Inst.* 3, 2, 3. *Ibid.* 3, 23 - 24.

⁶¹ *Ibid.* 3, 2, 3

⁶² Montesquieu, *Del Espiritu de las Leyes*, 1748, libro 27: De las leyes romanas acerca de las sucesiones.

⁶³ *Ibid.*, Libro 27, 16. También, en este sentido, Engels F. *cit.* cp. 6.

por vínculos agnaticios de varón. En esta dirección, la familia *ex iure quiritium* es patriarcal y está tejida y unida por lazos y vínculos jurídicos civiles agnaticios que sólo un ciudadano romano, libre, *sui iuris* puede crear. El *paterfamilias* es titular de la familia, aunque no tenga mujer ni descendientes. Éste es titular del poder y del derecho personal civil de familia. Es suficiente que no esté sujeto a ningún poder jurídico (*potestas*) de algún ascendiente masculino. El *paterfamilias* gobierna, domina y subyuga a todos los descendientes⁶⁴. Incluso, los sucesivos grados de generaciones no interrumpen la *patria potestas* del *pater*. Esta última, si así lo quiere el *paterfamilias*, se puede extender y ejercer sobre todos los descendientes: hijos e hijas, nietos, etc.

Por otra parte, el *ordo naturalis*, aunque extraño al derecho civil arcaico, también debió influir en algunos de los órdenes de la familia romana: En Roma, nunca existieron, ni se concibieron religiosamente lícitos - *ne fas* -, los matrimonios entre ciudadanos del mismo sexo, de varones, o de mujeres entre sí.

Desde la óptica de los grados entre generaciones, aunque fueron reconocidos jurídicamente como agnaticios, es decir, por la línea de varón, también se midieron y valoraron por razones de sangre. Si creemos a Marco Anneo Lucano, *sanguine matris permixtura domos*⁶⁵. La jurisprudencia pontifical⁶⁶ vigiló los vínculos de consanguinidad en las nupcias⁶⁷. De este modo, los grados consanguíneos constituyeron impedimentos para la celebración de matrimonios entre hermanos, padres e hijas, madres e hijos, ascendientes y descendientes en línea recta descendente masculina y femenina, que, al decir, de R. Astolfi alcanzaron hasta el tercer grado, y el sexto en línea colateral⁶⁸. La jurisprudencia pontifical arcaica siempre tuvo en cuenta los grados de consanguinidad, para poder fundar y construir la familia.

Desde la óptica matrimonial de la mujer romana, no sólo por el derecho agnaticio, sino también por *ratio naturalis*, o *iure naturali*, la *filiafamilias* prometida siempre salía de su grupo familiar y transitaba a la *manus* de otro *paterfamilias* varón⁶⁹.

⁶⁴ Gayo, *Inst.* 3, 2.

⁶⁵ Marco Anneo Lucano, *Pharsalia*, 2, 236 – 391.

⁶⁶ Guarino, A., *cit.* p. 73.

⁶⁷ Tito Livio, *Ab Urbe Condita*, L. I, 9.

⁶⁸ Astolfi R., *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclassico*, CEDAM, Milán, 2002, p. 5.

⁶⁹ Gayo, *Inst.* I, 111.

Este cambio de estatus impedía los matrimonios familiares endogámicos entre consanguíneos. La consanguinidad *iure naturali* apoyaba los vínculos agnaticios *iuris civilis*, pues la *filia* ingresaba como esposa, *uxor*, y quedaba vinculada (matrimonio exogámico), por nexos jurídicos agnaticios, al poder (*manus maritalis*) y en posición de hija legítima de un nuevo *paterfamilias*⁷⁰. El fin de esta clase de unión fue crear un nuevo poder de varón y un nuevo grupo familiar en la *civitas*. La jurisprudencia pontifical sabía que la mezcla de sangre, y la celebración de matrimonios endogámicos familiares contaminaban y destruían la descendencia y la perpetuación de la familia patriarcal, y, por ende, a la Ciudad-Estado.

Desde el punto de vista de las relaciones de la familia individual *proprio iure* con los otros grupos de familias que conformaban su grupo familiar *communis iure* es evidente que los lazos biológicos y consanguíneos eran nexos que todos sus miembros tenían en común, y, en consecuencia, les unían los sentimientos de pertenencia a un grupo⁷¹. En este sentido, Ulpiano sostuvo, “*iure proprio familiam dicimus plures personas*⁷²”.

La familia se componía de una pluralidad o conjunto de personas que estaban vinculadas por *natura* (sangre), o por derecho (*ius agnationis*) a la potestad de uno solo⁷³. Desde una perspectiva jurídica civil y política, la familia romana era uno: el *paterfamilias*. Cuando fallecía este último surgían nuevos *patresfamiliarum*, que el derecho consideraba *agnati*, es decir, descendientes que habrían estado bajo la misma patria potestad, si el común *paterfamilias* no hubiese fallecido. Desde el punto de vista de la *familia communis iure* se identificaban por haber pertenecido, como gobernados y

⁷⁰ Gayo, Inst. I, 111; Inst. I, 115b.

⁷¹ En este sentido se posiciona también F. Gardner J., cit. p. 1.

⁷² D. 50, 16, 195, 2, Ulpiano libro 46 ad edictum: “*Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente prodi sunt*”.

⁷³ D. 50, 16, 195, 2, Ulpiano libro 46 ad edictum.

sometidos, al mismo jefe, *paterfamilias*. Los *agnati* y el grupo gentilicio sentían el orgullo de la descendencia de un mismo nombre político – *nomen* – que entroncaba directamente con sus antepasados varones comunes. Era un sentimiento familiar político, que, tal vez, gozó de una evidente proyección pública y social. Pero es evidente también que todos los miembros de la gran familia gentilicia sentirían su orgullo de pertenencia a ella por sus vínculos biológicos comunes⁷⁴.

Estos dos órdenes, civil y natural, que impregnaban los nervios de la familia romana arcaica evolucionaron. Los juristas y los pretores fueron adoptando e integrando, progresivamente los diferentes grados consanguíneos de la familia en su derecho sucesorio⁷⁵. El fin fue evitar, según denuncia Gayo, *iuris iniquitates*⁷⁶. En la época clásica, la fortaleza de los vínculos de parentesco de sangre acabará imponiéndose al derecho civil agnaticio. Al decir elegante de Gayo: “*sed agnationis quidem ius capitis deminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutator, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*”⁷⁷. Esta evolución ha servido de base para que algunos autores hayan afirmado, de manera, tal vez, exagerada, que la historia de la familia romana es la historia de su propia destrucción⁷⁸. Por el contrario, tal vez, la evolución de la familia es la historia de su capacidad de adaptación y de transformación interna y externa, pues siempre constituyó el pilar y el soporte político y económico del Estado romano⁷⁹.

II. NATURALEZA JURÍDICA POLIVALENTE DE LA FAMILIA: “*IN RE ET IN PERSONAS*”

⁷⁴ *Ibid. cit.* p. 1.

⁷⁵ Gayo *Inst.* 3, 29 – 30.

⁷⁶ *Ibid. Inst.* 3, 25.

⁷⁷ *Ibid. Inst.* 1, 158.

⁷⁸ Ennecerus - Kipp - Wolff, Tratado de Derecho Civil, *Derecho de Familia*, vol. 1, El matrimonio, trad. B. Pérez González y J. Castán Tobeñas, Barcelona, 1942, p. 2.

⁷⁹ Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, Sexta edición, Iustel, Madrid 2013, p. 265: “la naturaleza pública de la familia es similar a la de una república, ya que “a la comunidad doméstica, a cuya cabeza se encontraba la persona del *paterfamilias* se la reconoció una amplia esfera de autonomía, dentro del marco del Estado. Esta concepción de la familia, propia de las primeras etapas, y prevista por ello, de forma predominante, en el Ordenamiento, se corresponde, con la denominada familia agnaticia o civil. Por el contrario, la concepción de la familia como grupo de personas unidas por vínculos de sangre, denominada cognaticia o natural, que es la coincidente con la actual noción de familia, solo a partir de la época clásica fue cobrando protagonismo en la legislación, para acabar siendo, eso sí prácticamente la única prevista en la época justinianea”.

Acorde con la tesis acertada anterior, es posible sostener que, desde tiempos arcanos, la familia romana se presentó como una institución híbrida. Su naturaleza jurídica, aunque fue civil y privada, gozó de una relevante proyección jurídica pública y religiosa⁸⁰.

Esta simbiosis compleja de elementos justificaría el rico pensamiento doctrinal de la jurisprudencia sobre cuáles fueron los significados de familia, que nos reportan las fuentes jurídicas clásicas. Reflexiones que fueron fruto, sin duda, de las diferentes perspectivas que la familia ofreció siempre a los juristas romanos. En esta dirección, y al decir de Ulpiano, el concepto de familia tuvo diversas valencias jurídicas:

Familiae appellatio qualiter accipiat videamus; et quidem varie accepta est, nam et in res, et in personas deducitur; in res, utputa in lege duodecim Tabularum his verbis: AGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO; Ad personas autem refertur familiae significatio⁸¹.

Según el fragmento jurídico, las acepciones de familia son “*in re et in personas*”. La familia tiene dos significados: uno jurídico, relativo a las personas y otro económico, relativo al patrimonio (*domus, heredium, pecunia*, etc). Las vertientes personal y patrimonial (agraria y ganadera) de la familia arcaica siempre permanecieron unidas. Por una parte, el *pater familias* ejercía la patria potestad sobre los descendientes (quienes en sus primeros años constituyeron una infancia *mancipi*), y, por otra, ejercía el poder, *mancipium – nexus* (identificado por Ulpiano como equivalente a *dominium*⁸²) sobre la *familia res Mancipi*.

2.1. *FAMILIA IN RE: DOS MUNDOS JURÍDICOS, “MANCIPI ET NEC MANCIPI”*

⁸⁰ Guarino A., *cit.* p. 197: “... como e piú della vita privata (della quale era sommo sacerdote il *paterfamilias*), la vitta pubblica fu strettamente legata alla religion”.

⁸¹ D. 50, 16, 195, 1, Ulpiano *libro XLVI ad edictum*.

⁸² D. 50, 16, 195, 2, Ulpiano *libro 46 ad edictum*: “*pater familias qui in domo dominium habet*”.

La familia patrimonial – *familia pecuniaque, familia erciscundae* – comprendió, inicialmente, dos mundos. Uno jurídico, estable. Otro, jurídico, económico y volátil:

Mundo jurídico *mancipi* de la familia: a) patrimonio (fundos agrarios), b) *animalia mancipi* caballos, mulos, asnos⁸³ que someten y reducen, mediante el arado, la fuerza de la tierra c) *familia mancipi*, esclavos (quienes constituyen junto a los animales *mancipi*, la fuerza de trabajo que es sometida, reducida, y privada de sus fuerza y domesticada corporalmente = *nexi*), d) los *filiifamiliarum* y las *filiisfamiliarum*, infancia *mancipi*, e) los *filiisfamiliarum* entregados por su *paterfamilias* al *paterfamilias* ofendido y dañado, quienes estaban sometidos en *noxa* (sujetos por el cuerpo) por actos ilícitos, delitos y deudas contraídas, *in causa mancipi*. Según el decir elegante de Robert W. Hillman “the *pater familias* – the head of the family – was personally answerable for the torts of his child or his slave”⁸⁴. El *paterfamilias* tejía las ligaduras y los nexos de su *familia mancipi*. Gobernaba, unía y privaba de fuerza, mediante “un proceso de sometimiento y domesticación” a aquélla.

Mundo jurídico y económico, volátil, *nec mancipi* de la familia: la *pecunia*, es decir, los ganados y los *asses librales* (dinero peso: “*in pondere*”⁸⁵), así como el resto de su riqueza mueble (las joyas, los ajuares y los vestidos). Patrimonio *nec mancipi*, que circulaba mediante *traditio*⁸⁶.

Ambos mundos (*mancipi* – *nec mancipi*) se encontraban bajo el poder unitario del *paterfamilias*, pues según sostiene Antonio Fernández de Buján, “el poder del *pater familias* se extendía en los primeros tiempos, a cosas y a personas, libres y sometidas a esclavitud”⁸⁷. De la misma forma, “la propiedad en la época antigua estaba confundida con el poder familiar del cabeza de familia”⁸⁸.

⁸³ Gayo *Inst.* 1, 120. Catón, *De Re Rustica*, CXXXVII –CXXXVIII.

⁸⁴ Hillman Robert W., Limited Liability in Historical Perspective, 54 *Wash. & Lee L.Rev.* 615 (1997), p. 616, <http://SCHOLARYCOMMONS.LAW.WLU.EDU/WLULR/vol.54/ISS2/10>

⁸⁵ Gayo *Inst.* 1, 122.

⁸⁶ Guarino A., *Profilo...*, cit. pp. 144-45.

⁸⁷ Fernández de Buján A., cit. p. 268: “si bien para referirse a los poderes que el cabeza de familia tenía sobre las personas de su familia y las cosas que componen el patrimonio familiar, se utilizan en las fuentes, con una significación específica, para cada uno de ellos, los términos *potestas, manus* y *mancipium*”.

⁸⁸ Fernández de Buján A., cit. p. 269, sostiene, de forma relevante, que “Los términos *manus* y *mancipium*, tiene que ver con estas ideas primitivas que reflejan la existencia de un poder único doméstico sobre cosas y personas, que luego se va diversificando. No hay un concepto de propiedad fuera del ámbito de los bienes familiares probablemente hasta fines de la República”.

Desde la óptica de los miembros del grupo, la familia arcaica estaba constituida por grupos de personas que descendían del mismo clan gentilicio. Del tronco común gentilicio brotaban las ramas de nuevas familias individuales – *familia proprio iure* - que conservaban el nombre del tronco común gentilicio – *cognomem* -. Estas familias individuales eran patriarcales y estaban formadas por conjuntos de descendientes que permanecían unidos y ligados por vínculos jurídicos agnaticios a la patria potestad del *paterfamilias* (poderío jurídico exclusivo del varón)⁸⁹.

Por su parte, Ulpiano sostenía que la familia era un grupo *iure proprio*, es decir, una estructura jurídica o grupo de personas que permanecían unidas y sometidas al poder jurídico del *paterfamilias* por diversos vínculos, naturales o de derecho, “*iure proprio familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae*⁹⁰”.

Estos lazos jurídicos creaban sentimientos de pertenencia en los miembros de un grupo familiar. Este conjunto de nexos no sólo jurídicos, sino también religiosos y corporales se administraban libremente por el *pater*, y sólo éste podía dirigir a la familia desde una posición preeminente y suprema. El gobierno de la familia era individual y absoluto. El ordenamiento civil romano siempre prohibió que dos *patres familiarum* pudiesen ser jefes al unísono de la misma familia. Además, la *Civitas* y su derecho civil ignoraban a la familia matriarcal. En este sentido, ni tan siquiera las mujeres podían adoptar, porque no tenían a sus hijos bajo la patria potestad: “*feminae verio nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent*”, (Gayo, *Inst.* 1, 104, mitad siglo II d. C. aprox.). Todavía, en los comienzos del siglo III d. C, Ulpiano afirmaba: “*mulier autem familiae suae et caput, et finis est*⁹¹”.

2.2. FAMILIA: PRIMER ESLABÓN JURÍDICO PÚBLICO DE LA CIUDAD-ESTADO

⁸⁹ Fernández de Buján, A., cit. p. 266: “con la expresión familia agnaticia, en sentido amplio, se hace referencia a la relación que se produce entre aquellas familias que se constituyen a la muerte del *paterfamilias*, a cuya potestad estaban sometidas las personas que integraban el grupo familiar, así como con aquellas personas que habían sido emancipadas de la patria potestad del cabeza de familia”.

⁹⁰ D. 50, 16, 195, 2, Ulpiano *libro 46 ad edictum*.

⁹¹ D. 50, 16, 195, 5, *libro XLVI ad edictum*.

El apelativo de familia no era sólo nominal. Constituía un título jurídico civil del que era titular el *paterfamilias*, es decir, un derecho (*ius*) del varón, ciudadano romano, *quirite*, libre, “*ius proprium civium romanorum est*”. Derecho y título jurídico civil que sólo él podía transmitir a su esposa – *mater familias* – mediante la celebración de un matrimonio en justas nupcias unido a una *conventio in manu*, mediante confarreatio (*Aulo Gelio, Noctes Att. 18, 6, 8-9*), y también a sus hijos legítimos (*filiu familias, filia familias*) que hayan nacido de justas nupcias, bien hayan sido adoptados, bien adrogados. Esta afirmación fue corroborada, de modo elegante, por Ulpiano, quien sostuvo:

*Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat; non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus*⁹²

Este derecho civil personal confería un estatus al *pater familias, sui iuris*, que estaba en relación directa con el derecho público de la *Civitas*. Sólo el ciudadano romano era *pater familias*, y sólo él podía cooperar, con la formación de su familia, al mantenimiento y la continuidad generacional de la Ciudad-Estado. En consecuencia, la familia se proyectaba en la formación jurídica y censitaria y demográfica del Estado, pues sólo el ciudadano romano podía participar en la administración pública y en el gobierno de aquel. En este sentido, Volterra sostuvo que “los juristas romanos no concibieron nunca el organismo de la familia como autónomo y distinto del ordenamiento de la *civitas*. Por tanto, las relaciones entre los miembros del grupo familiar, las instituciones que se relacionan con él, tienen relevancia jurídica sólo en cuanto están regulados por el derecho positivo de la *civitas*⁹³”.

Esta perspectiva jurídica híbrida de la familia fue reportada, además, por los escritos de la jurisprudencia clásica. Por ejemplo, Gayo analizó frecuentemente la figura del *pater* y de los miembros que componían su familia (*alieni iuris, sub potestate*, adoptados, adrogados, *in manu conventione, in causa Mancipi*) en sus Instituciones, y los situaba en el campo del *ius personarum*. El jurista posicionaba a los miembros de la familia en el marco del derecho de los hombres, consecuencia de la vigencia del

⁹² D. 50, 16, 195, 2, libro XLVI ad edictum.

⁹³ Volterra, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 101 – 102.

principio de personalidad. Su estatus era puesto en relación con el ordenamiento jurídico de la *Civitas*. En esta dirección, para Gayo, los conceptos jurídicos *alieni iuris*, *sui iuris*, *loco filia*, *loco neptis*, *in manu*, *in causa Mancipi* siempre expresaban y definían una posición jurídica civil personal del individuo con relación a su *paterfamilias* y el Estado⁹⁴. Del mismo modo, desde la óptica de la extinción jurídica de la agnación, Gayo sostenía que ésta se producía por *capitis deminutio*⁹⁵: a) el ciudadano que pierde la familia sufre *capitis deminutio*, b) el hijo de familia que es emancipado sufre *capitis deminutio* c) si la hija de familia transita a una nueva familia, mediante la *conventio in manu*, sufre *capitis deminutio*. En estos supuestos, la *capitis deminutio* significaba la pérdida de un derecho civil personal por el *alieni iuris* respecto al *paterfamilias*, y, por ende, pérdida de su *estatus* jurídico frente al ordenamiento jurídico del Estado.

La familia legítima era una institución civil que creaba una posición jurídica personal privada con proyección pública, en favor de los miembros que la componían (*status familiae*). Por este motivo, (siempre a través del *paterfamilias*) creaba en los *agnati* un sentimiento personal de pertenencia a ella y un vínculo jurídico de unión con el Estado romano. Una buena prueba de esta tesis es constituida por la institución de la adrogación. Según las fórmulas jurídicas arcaicas, que nos restituyó Aulo Gelio, el pueblo romano participaba activamente, en su aprobación con una *lex curiata* (5, 1, 19):

Quid sit adoptatio, quid item sit adrogatio, quantumque haec inter se differant; verbaque eius quae qualiaque sint, qui in liberis adrogandis super ea re populum rogat. Cum in alienam familiam inque liberorum locum extranei sumuntur; aut per praetorem fit aut per populum. Quod per praetorem fit, "adoptatio" dicitur; quod per populum, "arrogatio". Adoptantur autem, cum a parente, in cuius potestate sunt, tertia mancipatione in iure ceduntur atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, vindicantur. Adrogantur hi, qui, cum sui iuris sunt, in alienam esse potestatem tradunt eiusque rei ipsi auctores fiunt. Sed adrogationes non temere nec inexplorate committuntur. Nam comitia arbitris pontificibus praebentur; quae "curiata" appellantur; aetasque eius, qui adrogare vult, an liberis potius gignendis idonea sit, bonaque eius, qui adrogatur; ne insidiosae adpetita sint, consideratur; iusque iurandum a Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur; quod in adrogando iuraretur. Sed adrogari non potest, nisi iam vesticeps. "Adrogatio" autem dicta, quia genus

⁹⁴ *Ibid.* p. 102: "Y es naturalmente este Derecho positivo de la *civitas* el que, en los diferentes períodos históricos, determina y regula, respecto al ordenamiento jurídico romano, la posición o la capacidad del *paterfamilias* o del *filiusfamilias*, así como los poderes del primero sobre el segundo".

⁹⁵ Gayo, *Inst.* 1, 158.

hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. Eius rogationis verba haec sunt: "Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas sit, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.. Neque pupillus autem neque mulier, quae in parentis potestate non est, adrogari possunt: quoniam et cum feminis nulla comitorum communio est et tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est, ut caput liberum fidei suae commissum alienae dicioni subiciant. Libertinos vero ab ingenuis adoptari quidem iure posse Masurius Sabinus scripsit. Sed id neque permitti dicit neque permittendum esse umquam putat, ut homines libertini ordinis per adoptiones in iura ingenuorum invadant. Alioquin, inquit si iuris ista antiquitas servetur, etiam servus a domino per praetorem dari in adoptionem potest.

Al decir de Aulo Gelio, el tránsito del hijo de familia (adoptio), o bien de un padre de otra familia, bajo la potestad de un nuevo padre de familia, (*adrogatio - autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit*) alteraba la composición de la familia adoptante, y, por ende, la estructura pública de la *civitas*. Esta tesis explicaría la intervención del pueblo, reunido como comunidad jurídicamente organizada, es decir, como poder del Estado, en la asamblea comicial (5, 1, 19, 14):

Idque ait plerosque iuris veteris auctores posse fieri scripsisse... Animadvertimus in oratione P. Scipionis, quam censor habuit ad populum de moribus, inter ea, quae reprehendebat, quod contra maiorum instituta fierent, id etiam eum culpavisse, quod filius adoptivos patri adoptatori inter praemia patrum prodesset. Verba ex ea oratione haec sunt: "In alia tribu patrem, in alia filium suffragium ferre, filium adoptivum tam procedere, quam si se natum habeat; absentis censeri iubere, ut ad censum nemini necessus sit venire.

La adopción generaba una alteración inmediata de la familia, del censo, de la composición administrativa y territorial de la tribu, y, por ende, del Estado romano. Incluso, si creemos a L. Rodríguez Ennes, "la arrogación, como en los grupos familiares primitivos soberanos, tenía importancia internacional, en cuanto representaba la anexión, la incorporación de un grupo soberano a otro igualmente soberano; ello tendría en el más antiguo Estado importancia constitucional, puesto que suponía una modificación de su estructura, por la supresión de un grupo con autonomía mediante la incorporación a otro grupo, con la consiguiente desaparición de un consorcio religioso, lo que explicaría la intervención de los pontífices y de las asambleas, y la necesidad del

consentimiento de ambos⁹⁶”. Es por ello por lo que, “originariamente la familia romana sólo comprendía a los *agnati*⁹⁷”, es decir, las personas que bien por descendencia, bien por vínculo adoptivo permanecían bajo la potestad del *pater*, pues “tan *filius familias* era el adoptado que ingresó en la familia por acto voluntario del *pater*, como el descendiente legítimo de éste⁹⁸”.

La pertenencia al poder agnaticio de un *paterfamilias* conseguía la perpetuación generacional sucesiva del *cognomen* y de la ciudadanía, y, por ende, de la comunidad jurídicamente organizada (= Estado). A la muerte del *paterfamilias* eran constituidas nuevas familias por los descendientes varones, *filius familias sub potestate patris*, quienes adquirirían el derecho civil personal de *patresfamiliarum*, “*singulas familias incipiunt*⁹⁹”, así como el derecho a realizar a transmitir la ciudadanía a sus descendientes. La unión de los *patresfamiliarum* constituía la primera estructura jurídica pública de la nación romana. Así, según Tito Livio, *Ab Urbe Condita*, I, 8: “*centum creat senadores, sive quia is numerus satis erat, sive quia soli centum erant qui creari patres posent. Patres certe ab honore patriciique progenies eorum apellati*”. También, en esta dirección, la *civitas* quiritaria se hacía representar por un *pater patratus* en las relaciones exteriores con otros pueblos y naciones¹⁰⁰. Las normas religiosas: el matrimonio *cum manu* como institución primigenia originaria de la familia romana.

La sumisión agnaticia al *paterfamilias* constituyó el elemento que vertebró y configuró la naturaleza jurídica privada de la familia romana arcaica. Sin embargo, la entrada y sumisión en la familia se realizó por diversos medios: procreación en justas nupcias, *adoptio*, *adrogatio* y matrimonio *cum manu*. En este contexto, jugaron un papel fundamental las normas religiosas primigenias – *fas* - y los *mores maiorum – ius* –, ya que formaron parte del ordenamiento primitivo de Roma¹⁰¹. Estas fuentes jurídicas coadyuvaron al nacimiento y el desarrollo de la familia, como grupo regulado por el

⁹⁶ Rodríguez Ennes L. *Bases Jurídico – Culturales de la Institución Adoptiva*, Santiago de Compostela, (1978), p. 52.

⁹⁷ *Ibid.*, La adopción romana: continuidad y discontinuidad de un modelo, en “*Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*”, vol. 18. 1 (2009), p. 118.

⁹⁸ *Ibid. cit.* p. 118.

⁹⁹ D. 50, 16, 195, 2, *libro XLVI ad edictum*

¹⁰⁰ Guarino A. *cit.* p. 202.

¹⁰¹ Guarino A. *cit.* p. 17 – 19, 197 – 203.

derecho, en el seno del matrimonio¹⁰². El *ius sacrum* matrimonial de la *civitas* fue tributario primigenio de la formación de la familia y la perpetuación del estatus de sus miembros¹⁰³. También, según R. Astolfi, “durante la monarchia il matrimonio della *civitas* arcaica è un istituto di *ius sacrum*. Infatti il *ius sacrum* ne disciplina i presupposti, gli effetti e lo scioglimento”¹⁰⁴. Por su parte, Tito Livio, en el episodio del rapto de las Sabinas, nos reportó que el matrimonio romano arcaico era monogámico (unión de hombre y mujer) y exogámico (de diferentes familias)¹⁰⁵:

Tum ex consilio patrum Romulus legatos circa vicina gentes misit qui societatem conubiumque novo populo peterent (...) proinde ne gravarentur homines cum hominibus sanguinem ac genus miscere.

Incluso, según cree R. Astolfi, con base en unas informaciones reportadas por Plutarco relacionadas con una ley del Rey Numa (*Plut. Comp. Lyc. Et Numae*, 3, 1-2), para el derecho sagrado, la celebración del primer matrimonio era impedimento para la celebración del segundo¹⁰⁶.

Por otra parte, si creemos a Gayo, este derecho sagrado creó la *uxor in manus mariti*, mediante las nupcias monogámicas que eran realizadas con el rito sagrado del pan de farro (*confarreatio*). *Ius* arcaico que fue abandonada por la sociedad romana, aunque permaneció vigente, en la época clásica:

*Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii quod Iovi Farreo fit, in quo farreus panis adhibetur: unde etiam confarreatio dicitur, conplura praterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est*¹⁰⁷.

¹⁰² Fernández de Buján A., *cit.* p. 292: “En los primeros siglos de existencia de la comunidad política romana, la mera situación de convivencia de hecho, con carácter estable, entre dos personas de distinto sexo, con intención de constituir un matrimonio, no produce, sin embargo, por sí misma, efectos jurídicos de especial relevancia, a no ser que esa relación matrimonial se configure en el marco de la familia agnaticia”.

¹⁰³ En este sentido, Volterra E., voz: *famiglia* (dir. rom), en E.D., vol. 16, 1967, p. 737.

¹⁰⁴ Astolfi R., *cit.* p. 1.

¹⁰⁵ Tito Livio, *Ab urbe Condita*, L. I, 9 – 10. Astolfi R., *cit.* pp. 1 – 4.

¹⁰⁶ Astolfi R., *cit.* p. 1 - 5.

¹⁰⁷ Gayo, *Inst.* 1, 112. *Tituli Ex Corp. Ulpiani*, 9, 1: “*Farreo convenitur in manum certis verbis et testibus X praesentibus et sollemni sacrificio factio, in quo panis quoque farreaus adhibetur*”. Plinio, *NH.*, 18, 10. Servio, *Geog.*, 1,31.

La mujer *in manu conventione* ingresaba bajo la *manus* del marido, *paterfamilias*, quien era titular del derecho personal civil de la familia¹⁰⁸. La esposa se situaba así en un nuevo *status familiae*, es decir, en posición de *alieni iuris, loco filiae* (como hija de familia). La *confarreatio* originaba el nacimiento del título jurídico civil y personal de *materfamilias*. En este sentido, Servio (*Geog. 1, 31*) afirmaba: “... *unde confarreatio appellabatur, ex quibus nuptiis patrini et matrimi nascuntur*”. Para Servio, las nupcias monogámicas, celebradas mediante *confarreatio*, eran la fuente del nacimiento del derecho público del título de *patre et mater*.

En la misma dirección, Aulo Gelio (18, 6, 9) afirmaba que el título de *materfamilias* no nacía exclusivamente del matrimonio, sino de la institución que lo acompañaba, es decir, la *conventio in manum*: “*matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset*”. Según A. Gelio, la mujer ingresaba en una nueva familia (de la que era jefe y titular exclusivo el marido *pater familias*) y quedaba sometida a la “*manus - mancipium*” que éste ejercía. Fruto de esta nueva condición, la mujer adquiría una nueva posición jurídica (*materfamilias, alieni iuris, loco filiae, heres sua, etc.*).

La *conventio in manu* suponía el tránsito y el sometimiento de una mujer a una nueva familia bajo al poder de un *pater familias*, “*in familia viri transibat*¹⁰⁹”. Durante la República, la *conventio in manu* se pudo lograr mediante otros mecanismos jurídicos, no exclusivamente religiosos, que estaban previstos por el *ius civile*: bien mediante una *coemptio*, o especie de venta fingida de la mujer al *pater familias*, bien mediante la simple convivencia de los esposos durante el transcurso de un año: “*olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione*¹¹⁰”. IV. La familia como estructura originaria administrativa y territorial de la Ciudad-Estado

En los primeros siglos de vida de Roma, junto a los territorios agrarios, que eran titularidad colectiva de la *gens*¹¹¹ (y que estarían gobernados por el jefe de cada

¹⁰⁸ D. 50, 16, 195, 2, Ulpiano *libro 46 ad edictum*.

¹⁰⁹ Gayo, *Inst.* 1, 111.

¹¹⁰ *Ibid.* 1, 110. Servio, *Geog.*, 1, 31: “*tribus enim modis apud veteres nuptias fiebant*”.

¹¹¹ Engels F., cit. cp. 6. Bonfante. P. cit. p. 253.

grupo familiar gentilicio), coexistió el *ager publicus* que estaría bajo el control político y material (*mancipium – nexus*) del rey. Junto a ellos, se situarían los campos agrarios privados (*ager privatus*), que fueron divididos y asignados a los *patresfamiliarum*. Estos terrenos se encontrarían bajo la sujeción privada e individual, *mancipium – nexus*, de aquéllos.

En esta dirección, las noticias que nos transmitió *Tito Livio* son muy reveladoras, pues nos informó que la tradición atribuyó a Rómulo la división de Roma en familias y curias¹¹². Datos históricos legendarios que fueron completados por los escritos de Dionisio de Halicarnaso, quien afirmó que Rómulo hizo la primera asignación de fundos agrarios a las curias¹¹³. Versión que, por lo demás, fue discordante con la noticia que nos transmitió Varrón, quien sostuvo que la atribución de dos yugadas de tierra (5000m² aprox. = *heredium*) se hizo individualmente, en favor de los ciudadanos. Fincas agrarias que se situaron bajo el dominio privado de los padres de familia, y que, además, se transmitieron por herencia¹¹⁴.

A priori, ¿qué tienen en común estas informaciones literarias legendarias? Estos autores parecen presentar al mundo los primeros gérmenes de un antiquísimo proceso catastral, que fue realizado, probablemente, por los sacerdotes y los augures, en la época arcaica. Estas actividades iniciales de agrimensura dieron lugar a las primeras operaciones de ordenación del suelo rústico y urbano. Según *Tito Livio*, se iniciaron así las primeras divisiones de la población en circunscripciones territoriales y administrativas (curias), lo que condujo, además, a la realización de los primeros censos de la población.

De las afirmaciones de *Tito Livio* y *Dionisio de Alicarnaso*, podemos constatar, además, lo que pudo constituir unos antecedentes de dos procedimientos administrativos, uno censal y otro catastral, de asignación del *ager publicus*. Ambos tuvieron por objeto e incidieron de forma directa en la familia. En este marco histórico y jurídico se debe entender el decir de Varrón, quien afirmó que Rómulo dividió y asignó el *ager publicus* como *ager privatus* a los padres de familia, ciudadanos romanos.

¹¹² *Tito Livio, Ab Urbe Condita*, L. I, 13.

¹¹³ *Dionisio de Halicarnaso, Antiq. Rom. 2, 7, 4* dice que la atribución del *ager* se hizo colectivamente a las curias. *Varrón, De Re Rustica, 1, 10, 2* manifiesta que “a dos yugadas le llamaron *heredium*, porque se decía en un principio que Rómulo las había distribuido por cabeza y que se transmitían por herencia”.

¹¹⁴ *Varrón, De Re Rustica, 1, 10, 2*.

Si damos veracidad a las noticias que nos ha transmitido estos historiadores, el primer proceso público de planeamiento catastral de las fincas agrarias fue diseñado por Rómulo. Este rey, a través de un proceso público de *ager divisus et assignatus* (operaciones catastrales administrativas de calificación, división y concesión pública del suelo agrario que se practicarán, también, en la República) adjudicó dos yugadas de terreno agrario a cada ciudadano romano, *pater familias*.

Al margen de la verosimilitud de la paternidad de Rómulo, parece cierto, al tenor de las fuentes históricas, que el proceso de división y adjudicación del dominio agrario privado fue un acto jurídico, político y público. En sintonía con estos autores se posicionó también Festo, quien sostuvo: “*centuriatus ager in ducena iugera definitus, quia Romulus centenis civibus ducena iugera tribuit*”¹¹⁵. Más tarde, según Tito Livio (*Ab Urbe Condita I, 18- 19*), Numa Pompilio llevó a cabo una especie de nueva fundación del Estado mediante una acción coordinada de planeamiento de los campos garios y de la ciudad:

Ad unum omnes Numae Pompilio regnum deferendum decernunt. Accitus, sicut Romulus augurato urbe condenanda regnum adeptus est, de se quoque deos consuli iussit. Inde ab augure, cui deinde honoris ergo publicum id perpetuumque sacerdotium fuit, deductus in arcem, in lapide ad meridiem versus consedit. Augur ad laevam eius capite velato sedem cepit, dextra mano baculum sine modo aduncum tenens quem lituum appellarunt. Inde ubi prospectu in urbem agrumque capto deos precatus regiones ab oriente ad occasum determinavit, dexteris ad meridiem partes, laevas ad septentrionem esse dixit; Signum contra quo longissime conspectum oculi ferebant animo finiut. Qui regno ita potius urbem novam conditam vi et armis, iure eam legibusque ac moribus de integro concedere parat

Según estas informaciones, tanto la fundación de la Ciudad como la atribución de tierras agrícolas a las familias surgieron a la vez, como una acción sincrónica y única de ordenación del territorio del Estado romano. Los primeros planeamientos urbanísticos de la ciudad y los primeros procesos catastrales de los campos agrarios fueron realizados por los agrimensores de Rómulo y Numa Pompilio¹¹⁶.

¹¹⁵ Fest. – Paul., s.v. *Centuriatus*, L. 47.

¹¹⁶ Sobre la ocupación, división y adjudicación de lotes de tierras en Grecia, Cantarella E., voz: *proprietà* (diritto greco), en N.D.I., vol. 14, 1957, p. 101, nota 8.

Según la tradición literaria, estos procesos eran realizados mediante el rito sagrado y solemne de la *limitatio* y crearon las centurias agrarias, *ager centuriatus*.

Si creemos a Antonio Fernández de Buján¹¹⁷, desde los tiempos iniciales, es probable que la centuriación fuese un procedimiento administrativo de desafectación del suelo público. Este planeamiento de agrimensura tuvo por fin catastrar los lotes de fincas agrarias rústicas del *ager publicus*. A tal fin, los agrimensores utilizaron dos procedimientos administrativos públicos:

- 1) *Divisio*, o asignación delimitada de parcelas agrarias de cultivo.
- 2) *Asignatio*, asignación de su titularidad privada.

Para lograr la subdivisión interior de centurias los agrimensores realizaban planos con los lotes de terrenos que pretendían asignar. Los agrimensores dividían el terreno en surcos - *cardines* -, norte a sur - y - *decumani* -, este a oeste -. Los cuadrados resultantes - *centuriae* - y los rectángulos - *strigae* o *scamna* - se asignaban en *mancipium* a los *patres familiarum*.

Según Brasiello “non sappiamo ancora in quale momento si sia passati dall’idea generale del potere a quella specifica dal dominio”¹¹⁸. Sobre este problema, Varrón hacía coincidir el origen de la propiedad privada agraria con los tiempos de la fundación de la Ciudad: “*bina iugera quod a Romulo primum divisa dicentantur viritim*”. El autor atribuyó a Rómulo la concesión de dos yugadas de tierra por ciudadano: “a dos yugadas (unidad catastral rústica) le llaman los agrimensores *heredium* y es la medida que se asigna por cabeza a cada ciudadano romano, y doscientas yugadas (100 *heredium*) constituye una centuria. La centuria era cuadrada, debiendo tener en sus cuatro partes lados de 2400 pies de longitud. Además, cuatro de estas centurias que sean adyacentes, dos a un lado y dos a otro, se llamaban *saltus*, en la distribución por cabeza de los campos públicos”¹¹⁹.

¹¹⁷ En este sentido, Fernández de Buján, A. *Derecho Privado Romano*, Iustel, Madrid, 2009, p. 235. Sobre el Derecho Administrativo y fiscal en Roma, es magistral el artículo de Fernández de Buján A., *Hacia un tratado de Derecho Administrativo y fiscal romano*, en “*Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal romano*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pp. 13 – 24. También, Fernández de Buján A., *Los arbitrajes de Derecho público en la experiencia jurídica romana*, en “*Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 16 – 38.

¹¹⁸ Brasiello U., s.v.: *proprietà* (Diritto Romano), en *NDI.*, vol. 14, 1957, p. 115. Bonfante P. *cit.* p. 243.

¹¹⁹ Varrón, *Rerum Rust.*, 1, 10, 2.

El resto del *ager* sería público y se concedería a los particulares en régimen de *usus sin mancipium* (= posesión en la etapa republicana), a cambio del pago de una contraprestación de naturaleza pública, *vectigal*, al Estado romano. En esta dirección, Niebuhr (*Rom. Hist.* vol. II, p. 129, transl.) afirmaba que los orígenes de la posesión se situaban en las concesiones del *ager publicus* que realizó, durante su reinado, el monarca etrusco Servio Tullio: “*it is not exactly true that the agrarian law of Cassius was the earliest that was so called: every law by which the commonwealth disposed of its public land, bore that name; as, for instance, that by which the domain of the kings was parcelled out among the commonalty, and those by which colonies were planted. Even in the narrower sense of a law whereby the state exercised its ownership in removing the old possessors from a part of its domain, and making over the right of property therein, such a law existed among those of Servius Tullius*”.

A la luz de estas noticias, creemos que la *centuriatio* monárquica, o asignación y concesión de los fundos del *ager publicus* a los ciudadanos romanos constituyó una fuente jurídica pública originaria que creó el *ager privado* y, en consecuencia, engendró el patrimonio privado del *pater familias* y de la familia arcaica *proprio iure*. Los terrenos agrarios públicos colectivos, *ager publicus*, pasaron del *mancipium* y el control *nexus* del rey, al *mancipium*, y el control, *nexus*, del *pater familias*, ahora con el título jurídico de *ager privatus*.

Por su parte, Bonfante sostuvo, acertadamente, a propósito de la *familia pecuniaque* y del *mancipium*, que “l’originaria proprietà collettiva, o, per meglio dire, familiare, è la pretesa inalienabilità dell’antica proprietà immobiliare (...) in realtà questo argomento stesso è ben lungi dall’esser dimostrato”¹²⁰. Además, defendió la hipótesis de la independencia del fundo romano en el derecho antiguo. Al decir, del insigne romanista, el fundo constituyó “*quasi un territorio politico*”¹²¹.

También de los escritos de Varrón (*Rerum Rustica*, I, 10, 2) se deduce, sin ambages, que la centuriación y la entrega de lotes de parcelas agrarias debieron

¹²⁰ Bonfante P., *cit.* p. 253.

¹²¹ *Ibid.*, *cit.* p. 245.

constituir un procedimiento legislativo y catastral arcaico que tuvo por fin dotar de patrimonio inmobiliario a la familia, como parte integrante de Roma.

En esta dirección, todavía a finales de la República, Cicerón nos reportó que los fundos *mancipi* del *pater familias* estaban bajo la tutela fiscalizadora del Erario y de los censores, quienes vigilan, además, que los inmuebles fueran censados en las tribus: *Illud quaero, sint necne sint Mancipi, subsignari apud aerarium, aut apud censorem possint. In qua tribu denique ista praedia censuisti?*¹²²

Por todo ello, es necesario poner de relieve, de nuevo, el carácter híbrido polivalente de la institución familiar. Si creemos a Dionisio de Halicarnaso¹²³ (y también a Festo, *ver. Sig., sv "termino"*), Numa Pompilio fijó los límites sagrados e inviolables entre las parcelas rústicas, mediante bueyes sagrados. También, en esta misma dirección, Festo sostuvo que: *"termino sacra faciebant, quod in eius tutela fines agrorum esse putabant. Denique Numa pompilius statuit, eum qui terminum exarasset, et ipsum et boves sacro esse"*. Actividad que, por otra parte, Frontino (*Lim. 10, 20*) atribuyó a las artes de los etruscos: *"limitum prima origo, sicut Varro descripsit, ad disciplinam etruscam"*.

Por su parte, Lorenzo Fascione ha sostenido también que "la leggenda del ratto delle Sabine, grazie al quale Romulo aveva garantito ai suoi uno stanziamento stabile, ove aveva senso rimanere per dare sviluppo alla propria famiglia, sulla propria terra, nella propria città"¹²⁴.

Junto a estos procesos de centuriación agrarios primigenios, los agrimensores monárquicos de la época arcaica iniciaron también los primeros procesos de planeamiento, que tuvieron por objeto la planificación y la regulación del territorio público urbano: suelo y edificios. Si creemos a Festo (1, 358): *"rituales nominantur etruscorum libri, in quibus perscribuntur, quo ritu condantur urbes, arae, Aedes sacrentur, qua sanctitate muri, quo iure portae"*.

¹²² Cicerón, *Pro Flacco*, 32, 80

¹²³ Dionisio de Halicarnaso, *Ant. Rom.* 2, 74, 2-3.

¹²⁴ Fascione, L. *Storia del Diritto Privato Romano*, Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 87.

La delimitación y el planeamiento del territorio reportaban que, junto a la propiedad privada, que el *pater familias* ejercía sobre el *ager privatus* agrario, se delimitaba y calificaba el suelo - *loci* - y los edificios – *aedia* –, que estaban destinados al urbanismo de la *Civitas*, y, por ende, al uso y a la utilidad pública. Probablemente, este modelo constituyó, además, el origen o germen del diseño de la administración pública territorial y urbanística de la Ciudad – Estado¹²⁵. Y, por ende, del *imperium domi* y el *imperium militiae*:

*quomodo tribus, curiae, centuriae distribuantur, exercitus constituentur, ordinentur, ceteraque eiusmodi ad bellum ac pacem pertinentia*¹²⁶

La distribución inicial de las familias y de la población, de la que nos informó Tito Livio, en circunscripciones territoriales, mediante un sistema de censo, también apuntaba directamente a los inicios del urbanismo y a la ubicación primigenia de las familias romanas, que fueron divididas por distritos territoriales y administrativos en Roma.

En este contexto, no es posible considerar a la familia arcaica una institución primigenia aislada del Estado. Por el contrario, ésta siempre fue parte integrante de su estructura. Desde la óptica del Derecho, la familia se configuró como una institución jurídica privada, con una evidente naturaleza y proyección públicas¹²⁷.

Es indudable que la familia constituyó la célula jurídica primaria de la composición del Estado romano. Esta tesis fue sostenida, sin ambages, por Cicerón (*De officiis*, 1, 17, 54):

nam quum sit hoc natura commune animantium, ut habeam libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, comuna omnium. Id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae.

¹²⁵ Fernández de Buján A., “Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal romano”, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pp. 22 – 23.

¹²⁶ Festo, 1, 358.

¹²⁷ Mommsen, T., *Historia de Roma*, vol I, Barcelona, 2005, RBA, pp. 69 – 71.

Según el Arpinate, la familia fue la semilla de la Ciudad- Estado. Ella se incardinó en el engranaje de su administración pública territorial y en el gobierno los intereses públicos.

Acordes con las tesis del estadista de Arpino son las afirmaciones de Volterra¹²⁸, quien sostuvo que sólo en el marco jurídico del Estado, la familia alcanzaba su reconocimiento. Esta fue un organismo “vivente ed operante nell’ordinamento giuridico statuale e da questo regolato e riconosciuto”¹²⁹. También, Antonio Fernández de Buján ha puesto de relieve la naturaleza jurídica primigenia de la comunidad doméstica, gobernada por un *paterfamilias*, “y a la que se confirió una amplia esfera de autonomía, dentro del marco del Estado”¹³⁰. Por su parte, Juan María de la Torre afirmó también el carácter híbrido de la familia. Para este autor, las polis (ciudad) no son más que una extensión de la *domus* (casa). De *paterfamilias* deriva el *princeps* o *imperator*. Y evidentemente, de la economía familiar, la *oikonomía*, se origina la política, la *politeia*¹³¹.

Este paralelismo entre la dirección política de la familia y el gobierno de lo público evidencia la esencia jurídica pública y el peso específico institucional de la familia. La sustancia jurídica híbrida polivalente la impregnó y la imbricó en la estructura del Estado romano.

¹²⁸ Volterra, E., *cit.* p. 737.

¹²⁹ Volterra, E., *cit.* p. 737.

¹³⁰ Fernández de Buján A., *Derecho Privado Romano*, sexta edición, Iustel, Madrid 2013, p. 265.

¹³¹ De la Torre, J.M., *Literatura cristiana antigua, entornos y contenidos*, vol. I, “Desde su origen a la formación de la gran Iglesia”, ediciones Monte Casino, Zamora, 2003, p. 72.

REFERENCIAS

Gayo, Inst.

Sententiae Receptae Pauli

Tituli Ex Corpore Ulpiani

Corpus Iuris Civilis.

R.A.E

Arangio Ruiz, V. (1993 – 1914) *Le genti e le città*, en Ann. Messina.

Id. (2006) *La Società in Diritto Romano*, Jovene Editore, Napoli.

- Bonfante, P., (1966), *Corso di diritto romano*, Volumen II, *La Proprietà*: Parte I, Milano.
- Id., (1889 – 1889) *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (Res Mancipi e nec Mancipi)*, Roma.
- Brasiello U., (1957) voz: *proprietà* (Diritto Romano), en NDI., vol. 14.
- Capogrossi L., (1982) *Patria potestà*, E.D., vol. 32, Giuffrè editore, Varese.
- Id., (1988) voz: *Proprietà*, (dir. rom), en E.D., vol. 37, Varese.
- De la Torre, J.M., (2003) *Literatura cristiana antigua, entornos y contenidos*, vol. I, “*Desde su origen a la formación de la gran Iglesia*”, ediciones Monte Casino, Zamora.
- Engels F., (2010 – 2012) *Origen de la familia, la propiedad y el estado*, 1884, Hottingen – Zurich, en Archivo Marx – Engels de la sección en Español del Marxista, en Internet Archive (www.marxist.org).
- Ennecerus - Kipp - Wolff, (1942) *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia*, vol. 1, *El matrimonio*, trad. B. Pérez González y J. Castán Tobeñas, Barcelona.
- Fayer C. *La familia romana, Parte terza, Concubinatio, Divorzio, Adulterio*, 2005.
- Fernández de Buján A., (2013) *Derecho Privado Romano*, Iustel, sexta edición, Iustel, Madrid, pp. 265 – 308.
- Fascione, L., (2006) *Storia del Diritto Privato Romano*, Giappichelli Editore, Torino.
- Franciosi G. (1976) *Clan gentilizio e strutture monogamiche: contributo alla storia della famiglia romana*, Eugenio Jovene, Napoli.
- Fustel de Coulanges, N.D., (1903) *La cité antique*, París.
- Kaser M., (1939) *Geteiltes Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, en “*Festschrift für P. Koschaker*”, vol I, Weimar.
- Guarino, A., *Perfil del Diritto Romano*, 7ª edición, Jovene Editore, 1989.
- Maine Sumner H., (1893) *El Derecho antiguo*, Madrid, Tomo I - II.
- Meyer E., (1899) *Zu alten Geschichte*, vol. 2, Halle (Hildesheim, Olms, 1966).
- Mommsen, T., (2005) *Historia de Roma*, vol I, Barcelona, RBA.
- Monstesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 1748, libro 27: De las leyes romanas acerca de las sucesiones.
- Morgan L. H., (1877) *Ancient Society*, Londres.
- Planitz H., (1957) *Principios de Derecho Privado Germánico*, Bosch, Barcelona.

- Perozzi, S., (1917) *Tollere liberum*, en “*Studii Simoncelli*”.
- Rodríguez Ennes L., (1978) *Bases Jurídico - Culturales de la Institución Adoptiva*, Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela, n. 40.
- Id., (2009), *La adopción romana: continuidad y discontinuidad de un modelo*, en *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 18. n. 1.
- Id., (1999), *Aproximación a la Historia Jurídica de Galicia*, Colección monografías Xunta de Galicia, Santiago de Compostela.
- Serrao F. (1987) *Diritto Privatto economia e società nella storia di Roma*, prima parte, Jovene Editore, Napoli.
- Schulz. F., (2000) *Principios del Derecho Romano*, Civitas, Madrid.
- Torrent, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Edisofer, Zaragoza, 2002.
- Volterra E., (1967) sv. *Famiglia* (dir. rom), en ED. Vol. XVI, Giuffré editore, Varese.
- Id. (1986), *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Editorial Civitas, Madrid.

PERSPECTIVAS DO DIREITO PENAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PERSPECTIVES ON CRIMINAL LAW AND THE SUPREME FEDERAL COURT

Christiano Fragoso¹

Patrícia Mothé Glioche Béze²

RESUMO

O presente artigo investiga as possíveis perspectivas da legislação penal e da dogmática do direito penal em nosso país, partindo de critérios jurídicos postos pelo penalista alemão Joachim Vogel (que trabalha com cinco linhas de desenvolvimento do direito penal), e as relaciona com a jurisprudência criminal do Supremo Tribunal Federal. São abordadas as tendências de expansão, de materialização, de eticização, de subjetivização e de funcionalização social do direito penal, sempre atentos à atividade do órgão de cúpula do Poder Judiciário de nosso país. O artigo conclui que nosso direito penal, seja a legislação penal, seja a dogmática, está em processo de grande expansão, e não de retração, sendo hoje dominantes as tendências de materialização, de eticização, de subjetivização e de funcionalização social deste ramo do direito.

Palavras-chave: Direito penal; Expansão do direito penal; Supremo Tribunal Federal;

ABSTRACT

This article investigates the possible perspectives of criminal legislation and the science of criminal law in our country, based on legal criteria set by the German penalist Joachim Vogel (who works with five lines of development of criminal law), and relates them to the criminal jurisprudence of the Supreme Court. The trends of expansion, materialization, ethicization, subjectivization and social functionalization of criminal law are addressed, always paying attention to the activity of the highest body of the Judiciary in our country. The article concludes that our criminal law, be it criminal legislation or science, is undergoing a process of great expansion, not retraction, with the tendencies of materialization, ethicization, subjectivization and social functionalization of this branch of law being dominant today.

Keywords: Criminal law - Expansion of criminal law - Supreme Court.

¹ Advogado criminalista, professor adjunto e chefe do Departamento de direito penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (graduação, mestrado e doutorado), doutor em direito penal pela UERJ (2011), mestre em ciências penais pela Universidade Cândido Mendes (2007).

² Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, professora associada de direito penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (graduação, mestrado e doutorado), mestrado (2001) e doutorado (2005) em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2001).

I. INTRODUÇÃO

O papel proeminente exercido pelo Supremo Tribunal Federal nos dias de hoje sempre leva a questionamentos quanto à influência da corte no desenvolvimento da legislação e da ciência do direito no país. É inequívoco o imenso poder detido pelo Supremo – como corte constitucional – para dar o tom e mesmo a direção de diversos ramos do direito; com o direito penal não é diferente.

Há muito tempo, o direito penal é um ramo do direito altamente constitucionalizado, especialmente no Brasil. Em 1957, na vigência da Constituição de 1946, *Basileu Garcia*, professor na Faculdade de Direito de São Paulo, já dizia que “no Brasil, como em todo o mundo, o direito penal é em grande parte condicionado pelo direito constitucional, que lhe marca as fronteiras contra o excesso de poder da autoridade e lhe comunica a inspiração individualista”.³

A Constituição Cidadã, na conhecida antonomásia de *Ulysses Guimarães*, traz diversos princípios limitadores do poder punitivo, e estruturantes do sistema da ciência do direito penal, além de alguns mandados de criminalização; como diz *Dimitri Dimoulis*, o número de normas constitucionais de natureza penal em nossa Constituição é “muito elevado”, se comparado à maioria das Constituições vigentes, mesmo em se tratando de Constituições dirigentes, normativamente densas e volumosas.⁴ Por outro lado, ainda que se entenda que os bens jurídicos violados por delitos devam ter raízes mais ou menos diretas na Constituição Federal, nossa Lei Maior quase não traz disposições que *limitem* o poder de o legislador criar crimes e ampliar punições. De tudo isso decorre naturalmente a circunstância real de que nossa corte constitucional seja frequentemente chamada a tratar de questões penais.

Em verdade, a autoridade legítima para dar os rumos do direito penal é, sem dúvida, o Congresso Nacional e a Presidência da República, instâncias às quais cabe a atividade de criação de leis penais; o Supremo, embora tenha interpretado criativamente alguns delitos, não pode criar crimes e, atendo-se à Constituição só poderia, a rigor, declarar constitucionais ou inconstitucionais as normas penais incriminadoras.

II. CINCO LINHAS DE DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL

³ GARCIA, Basileu, “A Constituição do Brasil e o Direito Penal”, *Revista dos Tribunais*, v. 258, p. 7

⁴ DIMOULIS, Dimitri, *Direito Penal Constitucional*, Belo Horizonte, ed. Arraes, 2015, p. 1-2.

É sempre difícil – e normalmente motivo de posterior embaraço – tentar antever ou prognosticar quais seriam as novas perspectivas em qualquer área da atuação humana. O homem é inovador e, em alguma medida, até imprevisível; por isso, o futuro também o é. Por mais que profetas, videntes, leitores de mãos e certos economistas queiram vaticinar o porvir, é assim que sucede. Com isso, mais do que tentar adivinhar em que direção a atual jurisprudência do Supremo imprimirá a sua inegável força de conformação da ordem jurídico-penal, busca-se, aqui, fazer uma análise do possível cenário de desenvolvimento, relativamente ao direito penal.

Para isso, valemo-nos de cinco critérios que tratam das possíveis linhas de desenvolvimento do direito penal; e tentaremos trazer aportes da jurisprudência do Supremo relativamente a cada um desses cinco critérios. Esses critérios foram melhor expostos por um importante penalista alemão chamado *Joachim Vogel*; ele faleceu prematuramente há mais ou menos uns 10 anos atrás, num acidente de barco em Veneza. Ele estava prestes a assumir uma cátedra em Munique, que era (e é) uma das mais ambicionadas na Alemanha. *Vogel* estudou o impacto do nazismo na ciência penal alemã, e usou esses critérios para comparar o direito penal alemão antes, durante e depois daquela nefasta época hitleriana.⁵

Quais eram os critérios de *Vogel*? Os cinco critérios são a expansão (*Expansion*), a materialização (*Materialisierung*), a eticização (*Ethisierung*), a subjetivização (*Subjektivierung*) e a funcionalização social (*soziale Funktionalisierung*) do direito penal. Como eles são eventualmente relevantes para nosso direito penal e para a prática judiciária penal brasileira? Vamos tratar de cada um deles.⁶

III. EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

⁵ VOGEL, Joachim, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, Berlim, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.

⁶ Para os critérios, vide VOGEL, *Einflüsse...*, 2004, p. 14 e seguintes. *Vogel* parece ter aprimorado ideias de *Gerhard Pauli*, que, doze anos antes, em interessante livro sobre a jurisprudência criminal do *Reichsgericht* antes, durante e depois do nazismo, estabelecia três critérios principais para analisar o impacto das decisões judiciais: (i) a materialização, (ii) a subjetivação, e (iii) a tendência a um direito social. Esses critérios se aproximavam muito dos cinco critérios enunciados por *Vogel*, na medida em que, no âmbito da subjetivação, *Pauli* incluía a questão da eticização, e no âmbito da tendência a um direito social, ele analisava a funcionalização social (*Die Rechtsprechung...*, 1992, p. 242). Embora o critério da expansão não fosse enunciado explicitamente por *Pauli*, ele analisava (aliás, este é o objeto do livro) em que medida interpretações judiciais expandiam o espectro de atuação do poder punitivo.

O *primeiro critério* (e o mais fundamental!) que ele usava para avaliar o direito penal era um critério relacionado com a *expansão*. Será que o direito penal vai se expandir ou vai se retrair? Haverá cada vez mais âmbitos da sociedade, da economia e do estado que vão ser abrangidos por lei penal e por punições concretas? Será que internamente no direito penal vão surgir cada vez mais teorias jurídico-penais e regulações cada vez mais complexas e intensas? Ou seja, em suma, haverá uma expansão do direito penal ou uma retração do direito penal?

Parece-nos inequívoca a tendência expansiva da legislação penal. Essa tendência de expansão do direito penal é um fenômeno global. Nos Estados Unidos, há um professor chamado *Douglas Husak*, da *Rutgers University* (que fica em Nova Jersey), que diz que, surpreendentemente, ninguém naquele país parece preparado para estimar a quantidade de leis penais vigentes nos Estados Unidos, e que só esse fato já deve ser motivo para alarma⁷; tal é a quantidade de leis que ele fala em *overcriminalization*. Na Alemanha, *Volker Krey*, falecido professor da *Universität Trier*, afirmava que embora fosse até tola, do ponto de vista político criminal, a expansão do direito penal⁸, esse é o *Zeitgeist*, esse é o “espírito do tempo”; isto é, é algo irrefreável. Na Espanha, *Jesus Maria Silva Sanchez*, catedrático da *Universitat Pompeu Fabra*, em Barcelona, diz que nós “vivemos tempos de direito penal”.⁹ Por fim, na Argentina, *Marco Antonio Terragni*, da *Universidad de Buenos Aires*, chega a dizer que:

hoje se pode dizer, sem nenhuma vacilação, que o Estado tem a todos os súditos em liberdade provisória, já que é tal o emaranhado normativo criado, que ninguém pode estar seguro de cumprir estritamente com as exigências do Leviatã, pela simples e elementar razão de que ninguém está em condições de conhecê-las em sua totalidade¹⁰

Há uma confiança inquebrantável no direito penal, apesar de todas as provas em contrário – é um paradoxo. E, assim, sempre se busca expandir o direito penal. Isso acontece também no Brasil. Diuturnamente, são editadas leis que expandem a legislação penal a âmbitos inauditos ou aumentam a punição em âmbitos já conhecidos; estima-se hoje que existem mais de 1.800 tipos penais vigentes. Todo mundo quer um

⁷ HUSAK, Douglas, *Overcriminalization*, Nova York, ed. Oxford, 2008, p. 9.

⁸ KREY, Volker, *Deutsches Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 2008, p.10-11.

⁹ SILVA SANCHEZ, Jesus-María, *Tiempos de derecho penal*, 2009, p. 14.

¹⁰ TERRAGNI, Marco Antonio, *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, 2012, p. 9.

tipo penal para chamar de seu. Então, salvo raríssimas exceções, as leis penais sempre expandem poder punitivo.

Lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal não tem sido um agente no sentido de conter a expansão do direito penal. Muito raramente o Supremo Tribunal Federal diz que o crime *a* ou o crime *b*, ou a pena *a* ou a pena *b* é inconstitucional, seja por ser desproporcional seja por ser desnecessária. Muito ao contrário, muitas vezes o Supremo Tribunal Federal até amplia, por meio da interpretação, o direito penal. Um exemplo da ampliação pela interpretação – outros poderiam ser dados – está na antecipação do momento consumativo do furto ou do roubo, que é uma questão importante para a grande massa de pessoas presas; são 30% das pessoas presas por esses delitos. Antes considerava-se que a consumação ocorria no instante em que o agente obtém a posse mansa da coisa; de um tempo para cá, mesmo sem alteração legislativa, o Supremo passou a entender que basta que a coisa saia da esfera de disposição ou de vigilância da vítima.¹¹ Isso significa, por exemplo, que, nos casos de perseguição, o crime já está consumado, e não apenas tentado, no caso em que o agente retira a coisa, foge, é imediatamente perseguido e pego, sem assegurar uma posse não turbada. Portanto, a pena será maior – não haverá a diminuição da pena da tentativa. Então, o Supremo não tem sido um agente de contenção dessa expansão do direito penal.

IV. MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O segundo critério que *Vogel* usa é um critério relacionado com a *materialização*. Será que o direito penal vai ficar ligado à racionalidade formal, regras formalizadas, e relacionadas com a segurança jurídica (*formalização*), ou será que eventualmente ele vai se *liberar* dessas regras formais (mesmo que eventualmente sejam constitucionais) e dar mais poder de discricionariedade – quiçá de arbítrio – ao juiz, buscando critérios de uma suposta ou de uma real justiça material do caso concreto (*materialização*) ?

Hoje há uma clara tendência de materialização do direito penal, uma diminuição das amarras formais, especialmente do princípio da legalidade. Isso se dá não só no âmbito legislativo, com a criação de tipos penais com conceitos

¹¹ Quanto ao crime de roubo: RE 102.490/SP, rel. *Min. Moreira Alves*, Pleno, m.v., j. 17.9.1987; HC n.º 89.958/SP, Rel. *Min. Sepúlveda Pertence*, 1ª Turma, un., j. 03.4.2007, DJ 27.4.2007. Para o furto, vide HC 135.674/PE, rel. *Min. Ricardo Lewandowski*, 2.ª Turma, j. 27.09.2016.

indeterminados e cláusulas genéricas, que evidentemente permitem um maior arbítrio judicial, mas também no Supremo Tribunal Federal tem havido essa tendência de materialização, flexibilizando essas amarras formais.

No plano da legislação penal, têm sido criados vários delitos com definições amplas e que desafiam o princípio da legalidade; o crime de gestão temerária (art. 4.º, parág. ún., L. 7.492/1986) é um exemplo sempre citado, sendo predominante, na doutrina, a opinião quanto à inconstitucionalidade.¹² O STF, todavia, tem sempre afirmado a constitucionalidade desse delito.¹³

Quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal de flexibilizar o princípio da legalidade, podem ser dados ainda mais dois exemplos recentes.

O primeiro é o da questão da equiparação da discriminação em razão da identidade de gênero e de orientação sexual ao conceito de racismo da lei 7.716/89, que foi feita pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e pelo mandado de injunção 4733. Essa equiparação *não* consta do texto legal. Independentemente de se considerar se essa decisão viola o princípio da legalidade (como alguns querem) ou se essa decisão é uma decorrência de mandados constitucionais de criminalização e de interpretação conforme (ou seja de valores substanciais, materiais, do texto constitucional), é inequívoco que o Supremo Tribunal Federal se mostra mais preocupado com a justiça material do caso concreto do que com aspectos formais da justiça, mesmo que a formalidade seja uma questão relacionada com o princípio da legalidade.

Outro exemplo claro é a decisão do Supremo sobre o termo inicial da prescrição da pretensão executória, ao dizer que o cômputo do prazo se inicia com trânsito em julgado para *ambas* as partes, e não com trânsito julgado só para a acusação,

¹² Sobre a discussão quanto à constitucionalidade do crime de gestão temerária, vide o recente livro de Rodrigo Falk Fragoso, *Gestão temerária de instituição financeira*, São Paulo, Revista dos Tribunais e Thomson Reuters, 2024.

¹³ EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Alegação de inconstitucionalidade do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 (gestão temerária). Inexistência. Precedentes. Agravo regimental não provido. 1. A indeterminação do tipo penal previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 não se mostra em grau suficiente para configurar ofensa ao princípio constitucional da legalidade, porquanto perfeitamente apreensível no contexto das condutas de natureza formal tipificadas no âmbito do direito penal econômico, visando a coibição de fraudes e descumprimentos de regras legais e regulamentares que regem o mercado financeiro. 2. Diante da impossibilidade de previsão e descrição de todos os atos temerários que poderiam ser praticados em uma instituição financeira, o legislador se valeu do elemento normativo do tipo traduzido no adjetivo “temerária”, absolutamente válido no direito penal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(ARE 953446 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 29-06-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 23-08-2018 PUBLIC 24-08-2018)

que é o que consta expressamente no artigo 112, inc. I, do Código Penal. No agravo no recurso extraordinário 848.107 (tema 788 de repercussão geral), o Supremo disse que, como a pena não pode ser executada antes do trânsito em julgado para ambas as partes, a prescrição dessa pena só pode se iniciar após esse evento duplo, de trânsito para as duas partes. É uma questão também de valores constitucionais; fala-se até em presunção de inocência. Mas certamente não se dá valor ao princípio da legalidade: está lá dito claramente no artigo 112, I, CP, que tem que ser o trânsito em julgado para a *acusação*.

V. ETICIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O terceiro critério é um critério relacionado com a *eticização* do direito penal. Será que o direito penal vai manter uma relativa independência em relação à ética (que é algo que o Iluminismo separou com contornos muito claros), ou será que muitas vezes o direito penal vai ser influenciado – ou até confundido – com a ética? Ou seja, o direito penal se manter como um mínimo ético, ou vai se eticizar mais?

Parece-nos haver claramente uma tendência de eticização do direito penal.

Várias incriminações têm um cunho ético; nem é necessário falar de hipóteses que já estão superadas por revogação, como adultério (no antigo art. 240 CP) ou sedução (no antigo art. 218 CP), mas ainda hoje há as incriminações de rufianismo (art. 230, CP) e de lenocínio (art. 218, caput, CP), que, entre pessoas maiores e consencientes, são bastante discutíveis em várias hipóteses.

Isso acontece também claramente no direito penal da administração pública; o Supremo e o próprio STJ têm muitas vezes invocado critérios de moralidade administrativa para impedir, por exemplo, o reconhecimento da atipicidade penal por insignificância, em crimes bagatelares contra a administração pública.¹⁴

Quantas vezes valorações éticas se manifestam na aplicação da pena ou no proceder do juiz em audiência? Na aplicação da pena, um eventual aumento de pena por conta da suposta conduta social da pessoa, e mesmo até eventualmente por conta da conduta processual do réu? Ah, o réu se portou mal na audiência, então ele recebe uma

¹⁴ Vide HC 155.984/SC, rel. *Min. Marco Aurélio*, 1.^a Turma, j. 29.06.2020, no qual se lê: “CRIME – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INSIGNIFICÂNCIA – INCOMPATIBILIDADE. A prática de delito contra a Administração Pública, a envolver violação de dever funcional, mostra-se incompatível com o reconhecimento da insignificância. Decisão”. O STJ, p.ex., chegou a editar em 2017 a Súmula 599, que estabelece que “o princípio da insignificância é inaplicável a crimes contra a administração pública”; os acórdãos-base mencionam frequentemente a moralidade administrativa.

pena maior. Não são incomuns manifestações de juízes que, além de condenarem a pessoa, resolvem admoestar réus, dando-lhes lição de moral.

Klaus Volk, professor da *Ludwig-Maximilians-Universität*, em Munique, dizia que, hoje, o direito penal não se baseia mais em uma moral vinculante que compreenda apenas o pior dos males, mas pretende implantar-se como uma ética substituta (*Ersatzethik*).¹⁵ O direito penal está perdendo a sua condição de *ultima ratio regum*, e se tornando *prima ratio*. A ideia é a de que já que as pessoas não são mais constrangidas por normas éticas, que se preveja a sanção penal para garantir certas condutas. Lamentavelmente, isso muitas vezes acontece, seja quanto à criação de novos crimes, seja quanto à interpretação do alcance dos crimes vigentes, seja, especialmente, no âmbito da aplicação da pena.

VI. SUBJETIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O quarto critério seria uma questão relativa à *subjetivização* do direito penal. Será que o direito penal vai se tornar mais subjetivo? Ou seja, aspectos relativos ao lado subjetivo do fato ou da própria pessoa (como, p.ex., os motivos, as intenções, a personalidade, a periculosidade, a atitude interna) vão ser mais invocados para impor pena?

Existe uma tendência nesse sentido. Quando se verifica, na prática judiciária, que uma pessoa pobre ou rica vai ser qualificada como usuário ou traficante em virtude de sua condição socioeconômica ou do local em que o fato acontece, e não em razão do ato em si, isso mostra claramente uma tendência subjetivante de um direito penal de autor. São aspectos da personalidade do agente, que são usados para diferenciar qual é o tipo penal aplicável ou para aumentar a pena. O Supremo tem reiteradamente dito que a agravante genérica obrigatória da reincidência é legítima; disse isso no recurso extraordinário 453.000/RS: “AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência” (rel. *Min. Marco Aurélio*, 1.^a Turma, j. 04.04.2013).

O STF também inseriu, no crime continuado, aspectos de requisitos subjetivos para que se pudesse aplicar o crime continuado (e não concurso material),

¹⁵ VOLK, Klaus, “Marktmissbrauch und Strafrecht”, in HERZOG, Felix et alli (org.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, ed. C. F. Müller, Heidelberg, 2010, p. 915.

que simplesmente não constam, nem cabem no *caput* do artigo 71 do Código Penal, como, por exemplo, a necessidade de unidade de desígnios¹⁶ e que não se trate de um criminoso habitual, reiterado ou profissional.¹⁷ São questões que não estão no *caput* do artigo 71.¹⁸ No parágrafo único do art. 71 (que trata da hipótese de *crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa*), nosso CP traz expressões que indicam a necessidade de requisitos subjetivos, mas a jurisprudência do STF tem estendido os citados requisitos subjetivos também para crimes sem violência à pessoa ou grave ameaça.¹⁹

E mais ainda: esse requisito de não se tratar de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional está inserido como critério impeditivo do acordo de não-persecução penal, no artigo 28-A, § 2.º, II, do Código de Processo Penal. Tudo leva a crer que o Supremo não vai ver nenhum problema nessa exigência, embora não haja nenhuma definição legal, diferentemente do que acontece no direito penal italiano²⁰, do que seja criminoso habitual ou profissional. Chega a haver uma certa confusão na nossa jurisprudência, dizendo que bastam certas anotações não esclarecidas na folha de antecedentes criminais, para indicar que a pessoa é criminoso habitual e impedir esses benefícios e, com isso, impor pena mais grave.

¹⁶ Para a necessidade de unidade de desígnios, vide HC 214.857 AgR, rel. *Min. Edson Fachin*, j. 13.02.2023: “A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal adota a teoria mista para o reconhecimento da continuidade delitiva, sendo imprescindível, portanto, a existência de unidade de desígnios entre as condutas delitivas para a aplicação do instituto. Precedentes.”

¹⁷ Para a questão do criminoso habitual ou profissional, vide, entre outros, HC 109.971, rel. *Min. Ricardo Lewandowski*, 2.ª Turma, j. 18.10.2011: “o entendimento desta Corte é no sentido de que a reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar o crime continuado”.

¹⁸ Ao contrário, a Exposição de Motivos do Código Penal, do Min. da Justiça *Ibrahim Abi-Ackel*, mantém a teoria objetiva no *caput*, e chega a afirmar que “o critério da teoria puramente objetiva não se revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva” (item 59, Exp. Motivos n.º 211, de 09.05.1983).

¹⁹ Para um caso de *tráfico de drogas*, vide HC 165.661 AgR, rel. *Min. Alexandre de Moraes*, 1.ª Turma, j. 08.02.2019. Para um caso de *furto*, vide RHC 107.761/MS, rel. *Min. Dias Toffoli*, 1.ª Turma, j. 09.08.2011.

²⁰ Para o direito italiano, vide os arts. 102 (habitualidade presumida pela lei), 103 (habitualidade considerada pelo juiz), 140 (habitualidade nas contravenções) e 106 (profissionalidade no crime). O art. 102 CP italiano estabelece que: “É declarado delinquente habitual é quem, após ter sido condenado à prisão por um total de mais de cinco anos por três delitos não-culposos, da mesma natureza, cometidos em um período de dez anos, e não contextualmente, tiver outra condenação por um crime, não culposo, da mesma natureza, e cometido dentro dos dez anos seguintes ao último dos delitos anteriores. Nos dez anos indicados na disposição anterior, não se computa o tempo durante o qual a pessoa condenada tenha cumprido penas de prisão ou tenha sido submetida a medidas de segurança detentivas”; e o art. 104 CP italiano preceitua: “Quem, estando nas condições exigidas para a declaração de habitualidade, for condenado por outro delito, será declarado delinquente ou contraventor profissional, se, levando em conta a natureza dos delitos, a conduta e o estilo de vida do infrator e as outras circunstâncias indicadas no parágrafo do artigo 133, deva considerar-se que ele vive habitualmente, mesmo que parcialmente em parte apenas, do produto do delito.”

No plano legislativo, a criminalização dos delitos de abuso de autoridade oferece exemplo claro em que a lei penal exige especiais fins de agir do agente para a caracterização do delito (“finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”), além de ampliar os limites do erro ou dúvida relevante (“a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”, cf. art. 1.º, §§ 1.º e 2.º, L. 13.869/2019); essas salvaguardas, que indicam apelo à subjetivização do direito penal, têm sido muito criticadas por serem previstas apenas em crimes de autoridades públicas contra cidadãos e mesmo por inviabilizarem a punição de abuso de autoridade, configurando, na dicção de *Juarez Cirino dos Santos*, um *direito penal do amigo*.

VII. FUNCIONALIZAÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL

O quinto critério é uma questão relacionada com a *funcionalização social do direito penal*. Ao direito penal será dada a tarefa de exercer funções sociais ou até, no limite, fazer a sociedade funcionar? Em que medida o direito penal vai se afastar das ideias de retribuição, ou mesmo de proporcionalidade, e vai ser usado para atingir certos fins sociais, como, por exemplo, o equilíbrio social, o controle e o direcionamento individual?

Parece haver uma clara tendência de que o direito penal deve se adequar a fins externos. É claro que a ideia de prevenção como função da pena é amplamente disseminada e é um indicativo disso. Por outro lado, é inequívoco que, recentemente, as funções do direito penal na sociedade têm sido consideradas para influenciar na construção do sistema do direito penal (i.e., nos pressupostos de punibilidade) e na edição de tipos penais.

Mas não se trata só disso. Trata-se de entender que o direito penal é um agente importante para fazer a sociedade funcionar. Há autores que chegam a dizer, como *Bernd Schünemann*, que a principal tarefa do direito penal é a proteção do futuro humano.²¹ É uma tarefa realmente ambiciosa. O direito penal tem sido tendencialmente visto como uma panaceia para todos os males, ou mesmo como instrumento para garantir o futuro humano na Terra. *Dimoulis* afirma, não sem razão, que

[Há] firme crença da opinião pública e da imprensa na capacidade do direito penal de resolver problemas sociais, apesar das evidências de seu fracasso,

²¹ Essa posição de *Schünemann* é relatada por *Claus Roxin* como ecologicamente acentuada (“ökologisch akzentuierten”, no *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol I, § 2, item 58, p. 31).

assim como o apoio a iniciativas de maior rigor penal, pressionando na direção do eficientismo e do tratamento dos réus condenados como inimigos que devem ser destituídos de seus direitos fundamentais.²²

Não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal vá se seduzir por esse discurso. O Supremo Tribunal Federal certamente entende que a pena é um mal necessário ou uma amarga necessidade, mas não uma solução adequada para todos os males sociais, até porque o Supremo, por exemplo, reconhece a situação calamitosa dos nossos presídios.²³

Mas talvez o Supremo pudesse ter uma função de proa no sentido de uma análise mais criteriosa das reais possibilidades do direito penal de conformar a realidade, que lamentavelmente são muito reduzidas.

VIII. CONCLUSÃO

Esses cinco critérios, que se superpõem e se influenciam mutuamente, permitem vislumbrar que provavelmente o direito penal está num processo de *expansão* (ou seja, ampliação de seu uso), de *materialização* (com perda de amarras formais), de *eticização* (ou seja, com a perda de uma certa secularização, uma separação do direito penal da ética religiosa ou laica), de *subjetivação* (isto é, apreciação de aspectos subjetivos, mesmo não previstos em lei e, por vezes, enviesados), e de *funcionalização do direito penal* (i.e., a atribuição ao direito penal de funções sociais ambiciosas).

Ainda que esse movimento tendencial do direito penal, especialmente o de expansão, pareça ser mundial, é fundamental que os penalistas brasileiros reflitamos sobre tais tendências, que muitas vezes desconsideram direitos fundamentais ao Estado Democrático de Direito, e tendo sempre em conta as realidades sociais e carcerárias *brasileiras* – e não as realidades de alhures. É vital atuarmos de maneira estratégica perante a opinião pública, perante o Congresso Nacional, e mesmo perante o Supremo

²² DIMOULIS, ob. cit., p. 3.

²³ Para esse importante julgado, vide ADPF 347, rel. *Min. Marco Aurélio*, red. para acórdão *Min. Luis Roberto Barroso*, Pleno, j. 04.10.2023. Segue trecho especialmente interessante da ampla ementa: “O estado de desconformidade constitucional do sistema carcerário brasileiro expressa-se por meio: (i) da superlotação e da má-qualidade das vagas existentes, marcadas pelo déficit no fornecimento de bens e serviços essenciais que integram o mínimo existencial (Eixo 1); (ii) das entradas de novos presos no sistema de forma indevida e desproporcional, envolvendo autores primários e delitos de baixa periculosidade, que apenas contribuem para o agravamento da criminalidade (Eixo 2); e (iii) da permanência dos presos por tempo superior àquele previsto na condenação ou em regime mais gravoso do que o devido (Eixo 3). Tal situação compromete a capacidade do sistema de cumprir seus fins de ressocialização dos presos e de garantia da segurança pública”.

Tribunal Federal, para buscar minorar – ou até reverter – essas tendências, reconduzindo o direito penal a limites de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- DIMOULIS, Dimitri. *Direito Penal Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.
- FRAGOSO, Christiano. *Autoritarismo e sistema penal*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- FRAGOSO, Rodrigo Falk. *Gestão temerária de instituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais-Thomson Reuters, 2024.
- GARCIA, Baliseu. **A Constituição do Brasil e o Direito Penal**, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1957, v. 258, p. 3-7.
- HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova York: Oxford, 2008.
- KREY, Volker. *Deutsches Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Vol. I. Stuttgart: Kohlhammer, 2008.
- PAULI, Gerhard. *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*. Berlim: Walter de Gruyter, 1922.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Vol I: *Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4.^a ed. Munique: Beck, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Tiempos de Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F, 2009.
- TERRAGNI, Marco Antonio. *Tratado de Derecho Penal*. vol. I. Buenos Aires: La Ley, 2012.
- VOGEL, Joachim. *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*. Berlim: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.
- VOLK, Klaus. **Marktmissbrauch und Strafrecht**. In HERZOG, Felix et alli (org.). *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 915-926.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD. UMA ANÁLISE DO INSTITUTO NA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS.

CIVIL LIABILITY IN THE LGPD. AN ANALYSIS OF THE INSTITUTE IN THE DATA PROTECTION LAW.

Bruno Perez França¹

RESUMO

O instituto da Responsabilidade Civil configura-se como eficiente mecanismo para garantir o dever de reparação de danos injustamente causados, porém sua aplicação no contexto da Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD apresenta controvérsias doutrinárias quanto a classificação da sua natureza quanto a culpa, se de natureza objetiva ou subjetiva, aplicado à norma legislativa que responsabiliza o agente de tratamento em caso de vazamento ou tratamento inadequado de dados. Embora a lei preveja a obrigação de reparação por agentes de tratamento que causarem danos, a atribuição de culpa ou a mera comprovação de conexão entre o dano e o evento danoso gera amplo debate jurídico, tendo em vista que o texto legal não é expresso em definir qual sistema de responsabilização deve ser adotado, gerando insegurança jurídica. Neste sentido, o presente artigo propõe-se a uma análise do instituto da Responsabilidade Civil no âmbito da LGPD – Lei nº 13.709/2018, buscando, ao final, concluir que diante da imprecisão sobre qual regime de responsabilização civil do agente de tratamento de dados é adotado pelo texto legislativo, a uniformização de entendimento pela via jurisprudencial se apresenta como medida para garantia da segurança jurídica.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados. Responsabilidade Civil. Responsabilidade Objetiva. Responsabilidade Subjetiva.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), na área de concentração de Direitos Humanos e Desenvolvimento. Pós-graduado em LLM – Direito Corporativo pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais no Rio de Janeiro (IBMEC-RJ) e em Docência do Ensino Superior pela Universidade Augusto Motta (UNISUAM). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Membro da comissão de Direito Constitucional da Associação Brasileira de Advogados no Rio de Janeiro (ABA/RJ) Membro da Comissão de Advogados do Axé da Ordem dos Advogados do Brasil da seção do Rio de Janeiro (CAA OAB/RJ). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Estado do Rio de Janeiro (OAB-RJ).

ABSTRACT

The institute of Civil Liability is an efficient mechanism for guaranteeing the duty to repair unjustly caused damage, but its application in the context of Law No. 13,709/2018, the General Data Protection Law - LGPD, presents doctrinal controversies as to the classification of its nature in terms of fault, whether objective or subjective, applied to the legislative norm that holds the processing agent responsible in the event of data leakage or inadequate processing. Although the law provides for the obligation of reparation for data processors who cause damage, the attribution of fault or the mere proof of a connection between the damage and the harmful event generates a wide legal debate, given that the legal text does not expressly define which system of liability should be adopted, generating legal uncertainty. With this in mind, this article aims to analyse the institute of Civil Liability within the scope of the LGPD - Law No. 13,709/2018, seeking, in the end, to conclude that given the vagueness about which system of civil liability of the data processing agent is adopted by the legislative text, the standardisation of understanding through jurisprudence is presented as a measure to guarantee legal certainty.

Keywords: General Data Protection Law. Civil Liability. Objective Liability. Subjective Liability.

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende investigar a responsabilidade civil estabelecida na Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. Neste sentido, dada a importância desse tema, bem como a divergência doutrinária posta quanto a natureza da responsabilidade incidente na LGPD, o artigo discorre sobre os conceitos e fundamentos da responsabilidade civil no direito brasileiro, analisando os principais aspectos e objetivos da LGPD, destacando especialmente as disposições específicas relacionadas à responsabilidade civil, apresentando o debate existente sobre a natureza objetiva e subjetiva do instituto no âmbito da Lei de Proteção de Dados.

Busca-se contribuir para o entendimento e a aplicação das normas de responsabilidade civil presentes na LGPD, para melhor compreensão e aproveitamento efetivo das regulamentações estabelecidas, visando assegurar a proteção dos dados pessoais dos indivíduos.

Para fomentar o debate e a reflexão sobre a responsabilidade civil na LGPD, bem como da promoção de uma cultura de proteção de dados mais sólida e efetiva no âmbito do direito brasileiro, as divergências existentes entre a responsabilidade civil objetiva e subjetiva são analisadas, a fim de compreender suas implicações e aplicabilidade no campo da proteção de dados.

Para iniciar a análise da responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), é de suma importância contextualizar e ressaltar a extrema relevância desse assunto no cenário jurídico contemporâneo. Com a entrada em vigor da LGPD, a discussão acerca da proteção dos dados pessoais e a responsabilidade advinda do seu tratamento têm adquirido considerável destaque nos debates e na prática jurídica. Assim, compreender o contexto no qual a responsabilidade civil na LGPD se insere é um ponto crucial para uma análise abrangente e precisa, a fim de contribuir para o entendimento e a correta aplicação da legislação no território brasileiro.

Desta maneira, o presente artigo objetiva fornecer um panorama não exaustivo sobre o tema, explorando os aspectos jurídicos e práticos relacionados à responsabilidade civil na LGPD, abordando os mecanismos de reparação de danos e as medidas judiciais cabíveis nos casos em que ocorra lesão aos direitos dos titulares dos dados. Com base em revisão bibliográfica e jurisprudencial, o presente estudo busca aprofundar a análise sobre a responsabilidade civil na LGPD, de forma a promover uma reflexão ampla e crítica sobre o tema e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo.

I. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.

O instituto da responsabilidade civil tem origem no Direito Romano e fundamenta-se no dever de reparar danos injustamente causados. Ao longo do tempo, sua forma de reparação evoluiu. Doutrinariamente, a responsabilidade civil é classificada em objetiva ou subjetiva, conforme a culpa, e subdividida em contratual e extracontratual. (DAMBROSKY, 2021).

No direito brasileiro, a responsabilidade civil é fundamentada no princípio da reparação de danos, onde aquele que causa prejuízo a outrem deve repará-lo a fim de restabelecer o equilíbrio jurídico das partes envolvidas. O conceito de responsabilidade civil abrange a obrigação de reparar os danos causados a terceiros, sejam eles de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, sendo esses últimos relacionados aos aspectos emocionais, psicológicos e morais das vítimas.

Neste sentido, a responsabilidade civil está vinculada à noção de desvio de conduta, sendo direcionada à reparação de danos decorrentes da violação de deveres jurídicos. Para Sergio Cavalieri Filho (CAVALIERI, 2019), ela representa a obrigação de reparar prejuízos causados pela transgressão de um dever primordial, caracterizando-se como um dever jurídico subsequente. Sob a ótica de Fabio Tartuce (TARTUCE, 2016, p.486), a responsabilidade emerge tanto do descumprimento contratual quanto da desobediência a normas legais, configurando-se como o dever de reparar danos resultantes de ações ou omissões. De forma ampla, implica assumir as consequências de atos que desrespeitem normas jurídicas ou exponham terceiros a riscos inerentes às obrigações assumidas, sendo a reparação condicionada à existência de um dano decorrente da violação de um direito pré-estabelecido.

Os fundamentos da responsabilidade civil estão pautados na conduta do agente, no resultado danoso observado, no nexo de causalidade entre a conduta e o dano e na eventual culpa do responsável. Por meio desses elementos, busca-se estabelecer a responsabilidade pelos danos injustamente provocados, a fim de promover a justiça e a reparação dos prejuízos sofridos.

O Código Civil brasileiro adotou o modelo binário de responsabilidade civil, podendo o instituto ser classificado em dois sistemas principais, quais sejam, subjetiva e objetiva, sendo o primeiro caracterizado como sistema geral e o segundo por exceções estabelecidas por lei ou por força de contrato. Na responsabilidade civil subjetiva, é necessário comprovar a culpa do agente para que seja imputada a responsabilidade pelo dano causado. Já na responsabilidade civil objetiva, a simples ocorrência do dano e a relação de causalidade entre

a conduta e o resultado são suficientes para imputar a responsabilidade ao causador do dano, independentemente de culpa. (NELSON NERY JR, 2020).

A compreensão do instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro é passa, portanto, pelo fundamento do princípio de reparação dos danos causados a terceiros, seja por ação, omissão, culpa ou dolo. Sob o aspecto normativo, temos os atos ilícitos suscetíveis de reparação assentados nos artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002², os quais estabelecem que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, mesmo que exclusivamente moral, comete ato ilícito. A responsabilidade civil, o dever de reparação pelos atos ilícitos cometidos, está descrito no artigo 927 e em seu parágrafo único, no Código Civil de 2002³, onde restam estabelecidos duas formas de ilicitude, a objetiva, cuja intenção do causador do prejuízo não é analisada, e a subjetiva, baseada na Teoria da Culpa.

No contexto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a compreensão dos conceitos e discussões relacionados à responsabilidade civil se torna essencial. A aplicação da lei de proteção de dados requer entendimento claro das correntes que defendem a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, visto que refletem posicionamentos doutrinários distintos, a fim de entender a natureza e os limites das obrigações legais impostas aos agentes de tratamento de dados. A análise de tais vertentes possibilita uma compreensão mais aprofundada das consequências jurídicas decorrentes da violação de dados pessoais e das diferentes formas de responsabilização, contribuindo para a garantia da proteção dos direitos fundamentais dos titulares de dados, bem como garantindo a harmonização e efetividade dos direitos e princípios dispostos na Lei Geral de Proteção de Dados.

II. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LGPD.

Segundo Oliveira e Novais⁴, a finalidade da Lei Geral de Proteção de Dados consiste em regular o processamento de dados pessoais realizado por empresas e entidades

² (BRASIL, 2002): Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (Vide ADI nº 7055) (Vide ADI nº 6792).

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

³ (BRASIL, 2002): Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (Vide ADI nº 7055) (Vide ADI nº 6792).

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

⁴ (OLIVEIRA, NOVAIS, 2024): A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) tem como objetivo garantir o direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais dos cidadãos. Além disso, define diretrizes claras para o

públicas, visando assegurar a proteção e privacidade dos titulares dessas informações. Além disso, a LGPD estabelece princípios e diretrizes que as organizações devem seguir ao coletar, armazenar e utilizar dados pessoais, incluindo a obtenção do consentimento explícito do titular, transparência no tratamento das informações e a obrigação das empresas de prestarem contas. Com a entrada em vigor da LGPD, as empresas têm a responsabilidade de proteger as informações pessoais e garantir que seu tratamento esteja de acordo com a lei, sob pena de enfrentar penalidades e sanções conforme previsto na legislação.

Os principais aspectos e objetivos da LGPD incluem a proteção dos dados pessoais, garantindo que sejam tratados de forma transparente e segura, respeitando a privacidade dos titulares. Além disso, a lei tem como objetivo estabelecer normas claras e específicas para o uso e compartilhamento de dados, visando prevenir abusos e vazamentos.

A LGPD também busca promover a cultura da proteção de dados no Brasil, fomentando a segurança jurídica e a confiança entre os agentes que lidam com informações pessoais, tanto no ambiente online quanto offline.

a. Responsabilidade Civil na LGPD.

A Responsabilidade Civil na LGPD é um tema de grande relevo, ao passo que a referida lei estabelece regras específicas para o tratamento de dados pessoais e impõe penalidades em caso de descumprimento. As disposições da LGPD sobre Responsabilidade

manuseio de informações dos usuários, visando reforçar a segurança das interações legais e a confiança do indivíduo na gestão de suas informações pessoais, assegurando a liberdade de atuação, a equidade no mercado e a proteção dos vínculos comerciais e de consumo. Ela foi inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR, na sigla em inglês) em vigência na União Europeia desde 2018 entrando em vigor no Brasil em setembro de 2020.

De acordo com Oliveira (2020):” Um dos principais aspectos da LGPD é o consentimento do titular dos dados. As empresas só podem coletar, utilizar ou compartilhar dados pessoais com o consentimento explícito do titular, que deve ser informado de forma clara e específica sobre a finalidade do uso desses dados”. (oliveira, 2020)

A LGPD marca um avanço significativo na proteção de dados no Brasil, ao definir direitos e responsabilidades claras tanto para as empresas quanto para os indivíduos titulares dos dados. Seu objetivo é encontrar um equilíbrio entre a proteção da privacidade dos cidadãos e o estímulo à inovação e ao desenvolvimento econômico.

No entanto, segundo Souza e Silva (2019): [...] sua implementação enfrenta desafios, como a criação de mecanismos de fiscalização eficientes, a conscientização da população sobre seus direitos e a adaptação das empresas às novas regras. É fundamental que as empresas se adequem à LGPD, implementando medidas de segurança e respeitando a privacidade dos titulares dos dados, para evitar sanções e prejuízos à sua reputação [...] (Souza; Silva, 2019).

A LGPD estabelece diretrizes e princípios para o tratamento de dados pessoais por parte de empresas, organizações e órgãos públicos. Ela define o que são dados pessoais, quais são os direitos dos titulares desses dados e quais são as obrigações das empresas em relação à coleta, armazenamento, uso e compartilhamento desses dados (Oliveira, 2020).

Civil estão previstas nos artigos 42 ao 45⁵, que tratam das obrigações e da reparação de danos, estabelecendo as diretrizes para a responsabilização dos agentes de tratamento de dados em caso de violação.

A responsabilidade civil na LGPD apresenta aspectos controversos, especialmente quanto à atribuição de culpa em casos de vazamento ou tratamento inadequado de dados. Embora a lei preveja a obrigação de reparação por agentes de tratamento que causarem danos, como estipulado no artigo 42, também estabelece hipóteses de exclusão de responsabilidade (art. 43), como a inexistência de tratamento ou a culpa do titular ou de terceiros. O artigo 44 define "tratamento irregular", responsabilizando controladores e operadores que descumprirem medidas de segurança previstas no artigo 46. Já o artigo 45 ressalta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em relações de consumo. Diante de tal cenário, a responsabilidade civil pode ser subjetiva, como regra geral, ou objetiva, como exceção, refletindo um modelo híbrido na LGPD (CASTRO, 2021).

Ocorre que o legislador não tornou claro qual regime de responsabilidade é adotado pela LGPD, uma vez que o entabulado no artigo 42 não faz referência expressa à culpa ou ao risco da atividade, termos que definiriam a adoção da responsabilidade subjetiva ou objetiva.

⁵ (BRASIL, 2018): Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

§ 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

§ 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente.

§ 4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso.

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou

III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo pelo qual é realizado;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.

Sob o ponto de vista geral, a LGPD determina que o agente de tratamento tem responsabilidade civil sobre os prejuízos causados em virtude do tratamento de dados pessoais, exceto nos casos em que comprove a inexistência do nexo de causalidade, com viés de solidariedade entre o controlador e o operador, sem prejuízo de ação regressiva contra aquele que causou a violação.

No contexto da LGPD, a responsabilidade civil é abordada por diferentes correntes no que diz respeito a sua natureza. A corrente da responsabilidade civil objetiva defende que a obrigação de reparar o dano independe da existência de culpa do agente de tratamento, bastando a comprovação do dano e do nexo causal entre a conduta do responsável e o prejuízo sofrido pela vítima. Em oposição, parte da doutrina defende a responsabilidade civil subjetiva, que requer a comprovação da culpa do agente. Em breves exposições, passaremos a análise de ambos sistemas.

b. Responsabilidade Civil objetiva.

A responsabilidade civil objetiva na LGPD destaca-se pela independência da existência de culpa para a obrigação de reparar o dano. Nesse sentido, a corrente objetiva defende a responsabilização do agente independentemente de dolo ou negligência, bastando a comprovação do dano e do nexo causal, com base na Teoria do Risco⁶.

Para este tópico, abordaremos mais especificamente a responsabilidade objetiva sob o viés dos artigos 42 e 44 da LGD.

Partindo do anteprojeto da LGPD que tramitou nas casas legislativas, observa-se que o texto era expresso na identificação do regime da responsabilidade objetiva, posto que tratava do conceito de tratamento de dados como uma atividade de risco, respondendo os agentes da cadeia de tratamento pela reparação dos danos, independentemente de existência de culpa. (BIONI; DIAS, 2020). Ocorre que o texto aprovado em sua versão final vetou tais elementos caracterizadores para concretização da responsabilidade objetiva como sistema geral de reparação na LGPD.

⁶ (OLIVEIRA; FREITAS; et al, 2022): A respeito da Teoria do Risco, que enseja a responsabilização objetiva do agente, esta encontra previsão no parágrafo único do art. 927, do CC/026, alertando Venosa (2012, p. 9-10) que esse sistema nem sempre será “eficaz e justo no caso concreto”, o que deve inspirar cautela aos operadores do Direito, sendo necessário ponderar se tal modalidade se justifica em face de atividades que, por si só, são capazes de expor alguém a um “perigo”, eis que o dano causado deveria ostentar “natureza grave, por mais que se adotem modernas medidas de segurança”.

De toda sorte, a responsabilidade objetiva na LGPD pode ser compreendida com base nos princípios⁷, fundamentos e objetivos da LGPD, descritos no artigo 6º⁸, da análise comparativa e análoga com o Código de Defesa do Consumidor – CDC, tendo, e.g., o mecanismo da inversão do ônus da prova em seu artigo 42, parágrafo segundo, e em função do risco da atividade⁹. (CUNHA, 2023).

Para Mulholland, em que pese a divergência estabelecida sobre a natureza da responsabilidade civil prevista na LGPD, a responsabilidade decorre diretamente do risco inerente ao tratamento de dados, especialmente dados sensíveis, independentemente de culpa (MULHOLLAND, 2020).

Argumenta a autora que o artigo 42 da LGPD sugere uma responsabilidade objetiva, especialmente quando há danos quantitativamente extensos e qualitativamente graves,

⁷ (CUNHA, 2023); O princípio da finalidade, por exemplo, determina que o tratamento de dados se dê de forma lícita e dentro dos limites concedidos e finalidades específicas dispostas pelo próprio titular.

Para tanto, o princípio da necessidade limita a atividade de tratamento para o mínimo necessário para a realização de suas finalidades, visando sempre a segurança dos dados.

O princípio da prevenção, por sua vez, exige que os agentes de tratamento adotem medidas para evitar (prevenir) incidentes de segurança e dano ao titular, razão pela qual os agentes de tratamento devem prestar contas – demonstrar que seguiram à lei e adotaram as medidas de segurança cabíveis –, e se responsabilizarem em caso de eventual dano.

⁸ (BRASIL, 2018): Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

⁹ (CUNHA, 2023): a LGPD tem como principal objetivo a proteção dos dados dos titulares. Para tanto, estabeleceu princípios como a boa-fé objetiva, a segurança, a prevenção e à necessidade.

A partir da análise de tais princípios, os doutrinadores concluíram que o tratamento de dados consiste em uma atividade de risco, tendo em vista que qualquer possibilidade de violação fere o direito fundamental à privacidade. O princípio da necessidade, por exemplo, demonstra com clareza a tentativa da LGPD em proteger ao máximo os dados dos titulares, ao restringir o tratamento ao mínimo necessário à realização de sua finalidade.

Nesse sentido, Caitlin Mulholland explica que a teoria do risco é inerente à atividade de tratamento de dados, razão pela qual se aplica a responsabilidade objetiva.

associados a direitos fundamentais, bem como a obrigação de indenizar é diretamente vinculada aos princípios da prevenção, segurança e responsabilização, que demandam medidas proativas para mitigar riscos e assegurar conformidade legal (MULHOLLAND, 2020).

Finalmente, em defesa da responsabilidade objetiva, indica que em que pese aparente confronto entre as normas contidas no artigo 42 e no artigo 44, a LGPD se pauta por um sistema de responsabilidade que garanta a proteção ampla e reparação adequada e objetiva, tendo em vista a indispensabilidade da proteção de dados sensíveis para assegurar os direitos fundamentais à igualdade, liberdade e dignidade.

Nesse sentido, Mulholland esclarece que o artigo 44 caracteriza como irregular o tratamento de dados que viola a legislação ou deixa de garantir segurança adequada, podendo, tal irregularidade, decorrer de falhas técnicas, vazamentos ou má gestão de dados, sendo certo que, para a Autora, incidentes de segurança, como ataques cibernéticos, são considerados riscos inerentes à atividade de tratamento e não excluem a responsabilidade do agente. (MULHOLLAND, 2020).

Pelo exposto, apesar das diferenças de redação, tanto o artigo 42 quanto o 44 da LGPD reforçariam a responsabilidade objetiva, focando na proteção dos direitos fundamentais do titular, sem necessidade de comprovação de culpa.

c. Responsabilidade Civil subjetiva.

A responsabilidade civil subjetiva requer a comprovação da culpa do agente, ou seja, a existência de dolo, negligência, imprudência ou imperícia. Nesse sentido, a corrente subjetiva defende que a obrigação de reparar o dano está condicionada à demonstração de culpa¹⁰ por parte do responsável pelo tratamento de dados pessoais.

¹⁰ (OLIVEIRA; FREITAS; et al, 2022): Embora não venha ao caso fazer maiores digressões a respeito das diferentes espécies de dano (dano material, moral, individual, coletivo, estético, existencial, etc.), é válido pontuar que, a aferição do dano moral deve levar em conta os seguintes critérios: (i) a dimensão da culpa do ofensor, em seu grau e intensidade; (ii) as condições econômicas do ofensor; (iii) a extensão do dano, a ser avaliada em sua natureza e gravidade; (iv) as condições pessoais da vítima, sob os aspectos social, político e econômico; e (v) a intensidade de seu sofrimento (MORAES, 2009, p. 295-296).

Esta referência é pertinente pois permite tecer algumas considerações a respeito do elemento culpa, objeto central do presente estudo, que, em sentido amplo (culpa lato sensu), assume a natureza dolosa ou culposa. Conforme ensina a doutrina civilista, o dolo corresponde à “volição deliberada, por ação ou omissão, destinada à violação de direito e à causação de dano a outrem”, enquanto a culpa resta caracterizada quando o agente pratica ato de forma imprudente, negligente ou com imperícia, caso em que a vontade do agente reside em praticar o ato, mas não de gerar um resultado danoso contra alguém (NERY JUNIOR; NERY, 2014, p. 554).

É Aguiar Dias (1979, p. 36), entretanto, quem melhor apresenta a definição jurídica de culpa: “A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo por parte do agente, do esforço necessário para observá-la com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.”

Como esclarecido, a LGPD, em seu texto legislativo final aprovado, abandonou a adoção das premissas de atividade de risco contidas em seu anteprojeto, o que denota refletir o animus do legislador em equilibrar proteção aos titulares de dados e segurança jurídica aos agentes de tratamento, deixando de adotar um regime de responsabilidade puramente objetivo ou subjetivo, restando ao encargo da prática jurídica e produção jurisprudencial a definição de qual modelo de responsabilidade será adotado no caso prático.

Segundo Bruno Bioni e Daniel Dias, a responsabilidade civil na LGPD baseia-se em duas hipóteses centrais: violação à legislação de proteção de dados pessoais e violação da segurança dos dados. Ambas se enquadram na noção mais ampla de “tratamento irregular” prevista no artigo 44, o que sugere uma unificação dogmática entre os conceitos. Contudo, a lei diferencia os critérios e elementos de cada hipótese, exigindo análises específicas para sua aplicação (BIONI; DIAS, 2020).

O tratamento irregular é caracterizado pela não observância da legislação aplicável ou pela falha em proporcionar a segurança que os titulares de dados podem legitimamente esperar. Essa estrutura denota ambiguidade e amplia a interpretação das responsabilidades dos agentes, considerando variáveis como técnicas disponíveis à época do tratamento, riscos esperados e circunstâncias relevantes, conferindo flexibilidade ao regime de responsabilidade, mas também gera desafios práticos, como a definição de padrões de segurança e a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados (BIONI; DIAS, 2020).

A análise do artigo 43, sob a ótica da subjetividade e do juízo de culpa, absorve elementos do artigo 50 que estabelece circunstâncias relevantes para o juízo de culpa, como, e.g., a gravidade dos riscos, a sensibilidade dos dados e as características do tratamento realizado, permitindo uma avaliação detalhada da conduta dos agentes de tratamento, estabelecendo uma conexão entre práticas organizacionais e a responsabilidade civil. A interpretação casuística favorece a aplicação equitativa da LGPD, ajustando as obrigações dos agentes às especificidades de suas operações.

A LGPD presume automaticamente dois elementos para a configuração da responsabilidade civil: a autoria do tratamento de dados pessoais e a violação da legislação ou irregularidade do tratamento. Contudo, o titular de dados ainda deve comprovar a existência de dano e o nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo sofrido.

Seguem os Autores afirmando que, em que pese o artigo 42, § 2.º introduzir a possibilidade de inversão do ônus da prova, a critério do juiz, nos casos em que a alegação for verossímil, houver hipossuficiência ou a produção de provas for excessivamente onerosa para o titular dos dados, não afasta a apuração do juízo de culpa, contudo, amplia a proteção aos

titulares e reforça o dever dos agentes de tratamento de garantir a conformidade de suas atividades com a LGPD.

A LGPD se caracteriza pela adoção de elementos que mesclam obrigações de meio e de resultado. De um lado, o princípio da responsabilidade e prestação de contas (*accountability*) indica que os agentes devem demonstrar a eficácia das medidas adotadas para proteger dados pessoais, sugerindo uma obrigação de resultado. Por outro lado, dispositivos como o artigo 46, que introduz o conceito de *privacy by design*, orientam-se por uma obrigação de meio, estabelecendo diretrizes para a execução das atividades de tratamento.

Essa dualidade gera espaço para interpretações divergentes sobre o tipo de obrigação atribuída aos agentes de tratamento, o que será esclarecido pela aplicação prática e pelos julgados sobre o tema. A abordagem final dependerá da leitura que o Poder Judiciário fará da exigência de resultados concretos ou da adoção de medidas proporcionais e razoáveis pelos agentes de tratamento.

III. CONCLUSÃO

A análise realizada sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) destaca a relevância e a complexidade do tema no cenário jurídico contemporâneo. A LGPD introduziu um regime jurídico que busca equilibrar a proteção dos direitos fundamentais dos titulares de dados pessoais e a segurança jurídica para os agentes de tratamento. Todavia, a ausência de uma definição legislativa clara quanto à natureza da responsabilidade civil – se objetiva ou subjetiva – gerou um campo de debates doutrinários e práticos que permanecem sem consenso definitivo.

O estudo evidencia que a responsabilidade civil objetiva e subjetiva apresentam fundamentos plausíveis e aplicabilidades distintas. De um lado, a responsabilidade objetiva é sustentada pela teoria do risco e pela necessidade de proteger amplamente os direitos fundamentais em casos de danos extensos ou graves. De outro, a responsabilidade subjetiva busca equilibrar a exigência de comprovação de culpa com a segurança jurídica para os agentes de tratamento, sobretudo diante da diversidade de situações que podem surgir no tratamento de dados pessoais.

A ausência de expressão legislativa sobre qual regime de responsabilidade prevalece na LGPD reflete a intenção do legislador de deixar à interpretação judicial a solução de questões específicas, considerando as peculiaridades dos casos concretos. Essa abordagem, embora

flexível, gera insegurança jurídica, pois a jurisprudência sobre o tema ainda está em formação, o que pode resultar em decisões conflitantes.

Ademais, é importante ressaltar que o regime jurídico da LGPD incorpora elementos híbridos de obrigações de meio e de resultado, além de dispositivos que permitem interpretações variadas sobre a responsabilidade dos agentes de tratamento. Essa dualidade ressalta a necessidade de uma interpretação sistemática e integrada das normas, levando em consideração não apenas os princípios da LGPD, mas também outros dispositivos legais, como o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.

Portanto, a conclusão que se impõe é que o desafio atual consiste em promover uma jurisprudência coesa que possa uniformizar o entendimento sobre o regime de responsabilidade civil na LGPD, assegurando um equilíbrio entre a proteção de dados pessoais e a segurança jurídica. Para isso, é indispensável que o Judiciário não se limite a um modelo binário, mas que analise de forma casuística as situações concretas, promovendo soluções que contemplem a complexidade inerente à proteção de dados no contexto atual. Nesse cenário, a doutrina também desempenha um papel essencial ao propor teorias intermediárias e contribuir para o amadurecimento das discussões acerca do tema.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. *Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em:

<http://civilistica.com/responsabilidade-civil-na-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em 24/11/2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

_____. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 24/11/2024.

_____. Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 24/11/2024.

CASTRO, Bianca Xavier Franco. *A Responsabilidade Civil dos Agentes de Tratamento Frente a Lei Geral de Proteção de Dados: Subjetiva ou Objetiva?* São Pulo, 2021.

Disponível em <https://repositorio-api.insper.edu.br/server/api/core/bitstreams/60a0e427-4530-4dd9-a93b-ff6eac8e7a33/content>. Acesso em 24/11/2024.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

CUNHA, Luiza Boaventura Teixeira Brzezinski. *O Regime de Responsabilidade Civil dos Agentes de tratamento de Dados na LGPD*. PUC-GO – Escola de Direito, Negócios e Comunicação. Goiânia, 2023. Disponível em:

<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/6715/1/LU%C3%8DSA%20BOAVENTURA%20TEIXEIRA%20BRZEZINSKI%20CUNHA.pdf>. Acesso em 24/11/2024.

DAMBROSKI, Airton Lucas. *A Responsabilidade Civil, Contratual e Extracontratual*.

Anais do Salão de Iniciação Científica Tecnológica. ISSN-2358-8446, 2021. Disponível em <https://phantomstudio.com.br/index.php/sic/article/view/1261/0>. Acesso em 24/11/2024.

MULHOLLAND, Caitlin. *Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (lei 13.709/2018)*. MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). Responsabilidade civil e novas tecnologias. Indaiatuba, SP. Editora Foco. 2020.

NERY JR., Nelson. *Direito de Transportes* / Nelson Nery Jr, Rosa Maria De Andrade Nery. Nova edição. Editora Revista dos tribunais, 2020.

OLIVEIRA, Larissa de Jesus; NOVAIS, Thyara Gonçalves. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Responsabilidade Civil no Vazamento de Informações*. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São Paulo, v.10. n.05.maio. 2024. ISSN - 2675 – 3375

OLIVEIRA; Danton Hilário Zanetti; FREITAS, Cinthia Obladen de Almeida; GIBRAN, Sandro Mansur; VEIGA, Fabio da Silva. *A Responsabilidade Civil Subjetiva de Agentes de Tratamento de Dados Pessoais da Ótica da Análise Econômica do Direito*. Universidade Católica de Brasília – UCB. Economic Analysis of Law Review - EALR, V. 13, nº 2, p. 212-229, Mai-Ago, 2022.

SANTOS, Camila Ferrão; SILVA, Jeniffer Gomes da; PADRÃO, Vinicius. *Responsabilidade Civil pelo tratamento de dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados*. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 4 n. 3, set./dez. 2021.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 6. Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

FILHOS PÓSTUMOS E OS IMPACTOS NO DIREITO SUCESSÓRIO DIANTE DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS

POSTHUMOUS CHILDREN AND THE IMPACT ON INHERITANCE LAW OF LEGISLATIVE AND JURISPRUDENTIAL CHANGES

George Luiz Pereira do Carmo Junior¹

RESUMO

O ser humano em constante evolução física e intelectual alcançou o conhecimento da manipulação assistida genética, passando a fazer parte integrante da vida cotidiana, na concepção de filhos àqueles que possuem impedimentos. A reflexão que se impõe diante do panorama que temos de ausência legislativa específica a respeito das consequências da utilização das técnicas de reprodução humana assistida e a contemporaneidade e sensibilidade como vem percebendo o judiciário quanto ao tema se valendo de valores do ordenamento jurídico como a dignidade da pessoa humana, trazendo um fundamento constitucional, proteção integral da criança e adolescente, isonomia entre os filhos, melhor interesse da criança, paternidade responsável, demonstram a urgência do debate da reprodução humana assistida póstuma com fito afastar do homem a desconfiança e a insegurança quanto ao tema. Tal artigo científico abordará a temática da sucessão em casos de inseminação artificial post mortem e seus aspectos legais, implicações da falta de regulamentação e possíveis institutos já existentes no mundo jurídico que podem fazer frente a soluções de conflitos.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida, sucessão hereditária, inseminação artificial post mortem.

ABSTRACT

The constantly evolving human, both physically and intellectually, has attained knowledge of assisted genetic manipulation, becoming an integral part of everyday life, especially in the conception of children for those facing impediments. The reflection demanded in the face of the current panorama, marked by the absence of specific legislative provisions regarding the consequences of using assisted human reproduction techniques, and the contemporaneity and sensitivity perceived by the judiciary on the subject, drawing on values from the legal system such as human dignity, providing a constitutional foundation, comprehensive protection for children and adolescents, equality among offspring, the best interests of the child, and responsible parenthood, highlights the urgency of the debate on posthumous assisted human reproduction. The scientific article will address the theme of succession in cases of post-mortem artificial insemination, exploring its legal aspects, implications of the lack of regulation, and possible existing legal frameworks that can contribute to conflict resolution.

Keywords: Assisted human reproduction, Hereditary succession, Post mortem artificial insemination.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Unigranrio/AFYA. e-mail: georgejr.direito@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A ciência apresenta extraordinários avanços científicos quanto às técnicas de reprodução humana assistida, garantindo àqueles que por razões de infertilidade, de planejamento familiar ou de risco a doenças geneticamente transmissíveis possam fazer seu uso.

O ordenamento jurídico frente às implicações que tais técnicas possam acarretar na vida das pessoas é diuturnamente instigado a se manifestar. Quais soluções seriam admissíveis as confusões legislativas a mãe em substituição (barriga de aluguel), a sucessão hereditária post mortem “filho póstumo”, o descarte de embriões excedentários a pesquisa por células tronco, o direito ao conhecimento da própria origem genética e seus limites, dentre inúmeros questionamentos que surgem da criatividade e avanço humano.

É sabido que o atual código civil de 2002 foi deveras tímido ao tratar do tema, essencialmente se levarmos em consideração a superação do código antecedente, que denota a família flagrante em caráter patrimonialista e ainda se observarmos a constituição federal de 1988.

O código civil prescreve que são filhos mesmo que falecido o marido por inseminação artificial homóloga (vide-se por marido há entendimento doutrinário que entende como se fosse qualquer um dos cônjuges), e ainda quando se tratar há qualquer tempo de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.

Diante de tamanha lacuna e com base nos princípios processuais da decisão efetiva de mérito tem o judiciário se amparado em princípios constitucionais, resoluções do conselho federal de medicina, no direito comparado, na ética, na filosofia, sociologia e institutos diversos do direito civil, na lei de biossegurança e direito comparado.

Por certo, foge ao pretendido a interpretação estabelecida, já que a sociedade ainda baseada nos costumes da civil law espera que o legislador se manifeste a respeito da temática traçando diretrizes aos anseios da sociedade.

Feitas essas breves considerações, cumpre esclarecer que nos debruçamos a respeito do tema de reprodução post mortem e suas implicações no direito sucessório.

Não há pretensão de esgotamento de tema, mas faremos abordagem a aspectos inter-relacionados ao biodireito, ao direito comparado, aos pontuais casos em que o judiciário fora desafiado sobre o tema. Utilizaremos ainda, o confronto argumentativo de juristas, para

por fim, sugerir uma proposta ao que tange ao direito sucessório do filho concebido após a morte de um de seus genitores.

2. BIOÉTICA E BIODIREITO

Em todos os meios temos divergências quanto à positividade ou não do filho póstumo, isso não se difere no campo da bioética. Valores éticos morais são sobrelevados para que a despeito da necessidade e imperatividade da norma, em sentido macro, qual seja a lei positivada e a interpretação que se extrai do texto, se perceba que há um direito natural, fundado na ética moral, aquilo que se pretende garantir ao ser humano independentemente da denominação adotada: direito das gentes, valores éticos morais universais, dignidade da pessoa humana.

Frente a premente necessidade de nortear as práticas da biotecnologia e da biomedicina, foi editado o relatório de Belmont que previu valores fundamentais a serem observados e que sofreu duras críticas da comunidade científica e principalmente jurídica em razão da fragmentariedade dos princípios, ineficiência em casos de difíceis solução, falta de legitimidade, dentre outras.

Ultrapassada as questões éticas morais principiológicas e sua importância prima face para a discussão nos mais diversos ramos da ciência, além do reconhecimento de que caminhamos a frágeis passos para a conscientização de uma legislação efetivamente discutidas para as diversas demandas relacionadas a biodireito como disciplina afeta a bioética adentrarmos aos princípios constitucionais que tratam sobre a temática.

O princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, a família, a proteção igualitária da filiação, a liberdade, a não intervenção do estado servem de norte a fundamentar o direito ao cidadão quanto ao uso de técnicas de reprodução humana assistida. Servem também como limitadores, os princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança. Por todos os ângulos que se observa a magna carta cumpriu o papel norteador de garantidora dos fundamentos que serviram de alicerce ao judiciário e ao legislador infraconstitucional capazes de solucionar eventuais controvérsias que possam existir no campo do biodireito.

Nesta toada, percebemos que como substrato dos avanços da biotecnologia e da biomedicina pautada precipuamente na ética, no pós-constitucionalismo e na constitucionalização do direito civil, o biodireito se apresenta como um ramo novo no mundo

do direito a carecer de regulamentação efetiva e que necessária se valer de normas principiológicas a fim de responder aos anseios da sociedade, mas que apesar da atecnia do legislador infraconstitucional, referente a lei de biossegurança e por razão entendemos necessário que estudiosos do tema sejam consultados, o judiciário tem demonstrado reflexão, sensibilidade e contemporaneidade aos avanços biotecnológicos promovendo soluções aos dilemas da sociedade atual.

Atenuando nas congratulações ao legislador referente ao código de processo civil de 2015, que reconhece a força motriz das decisões judiciais consagrou sistema de precedentes possibilitando talvez, uma mudança de paradigmas do civil law ao common law.

A constituição federal de 1988, resguarda valores que protegem a autonomia da entidade familiar, seja pela base principiológica ou expressamente no texto.

Em seu art. 1, III, CF/1988, está presente a dignidade da pessoa humana, sendo um de seus primários fundamentos. Trazendo ainda em seu corpo a defesa especial para a família, presente no art. 226, CF/1988.

3. FILOSOFIA E SOCIOLOGIA FAMILIAR

Neste tópico abordaremos a construção familiar de acordo com preceitos filosóficos e sociológicos.

É notório que as construções de família vêm se alterando, onde há diversas formas para tal. Essa modificação vem com o tempo, as novas formas e novos desafios que a sociedade humana possa viver, onde as normas familiares podem evoluir trazendo mais diversidade e complexidade para a estrutura familiar variando de cultura e contexto social.

Possuímos diversas formas de famílias hoje em dia, onde não se entende mais como família somente aquela entendida como originaria, sendo os pais e seus filhos biológicos, no decorrer do tempo tivemos diversas mudanças, sendo por filhos adotivos, a junção de avós, tios e outros parentes no mesmo ambiente familiar compondo assim uma diversidade de entendimentos para família, expandindo o que outrora era entendido como apenas um núcleo predefinido sem alterações e sem entendimentos exteriores para o quesito de família.

A família no campo filosófico e sociológico representa a união entre pessoas que possuem a convivência e o afeto umas com as outras, não se limitando apenas a pais e filhos como supracitados.

É importante que a sociedade reconheça e respeite a diversidade de estruturas familiares, garantido que os direitos e benefícios associados às famílias se estendam a todos os tipos, independente da forma que sua família tome. Isso inclui direitos legais, proteção, acesso a serviços e benefícios, e a promoção de um ambiente inclusivo para todos os membros independente de sua relação genética ou sua construção familiar, juntamente com toda proteção do estado que a constituição federal possa oferecer, respaldado no art. 226, CF.

Como demonstrado a família mudou no decorrer dos anos, e hoje entendemos que a família é baseada no afeto de seus integrantes, onde existe ou não o laço sanguíneo entre os entes, sendo o afeto um dos elementos principais para o núcleo familiar.

Neste enfoque temos que a sociologia é o estudo que se dedica às estruturas, formações, transformações das unidades familiares ao longo do tempo e nas diversas culturas, buscando entender como as famílias são formadas, como funcionam e como podem evoluir para outras definições, usando de alicerce os fatores sociais, culturais, políticos e econômicos.

Na filosofia temos a representação do que seria a família, possuindo um entendimento mais afetuoso e fora dos paradigmas retrógrados que perpetuam até os dias de hoje na sociedade. Devendo um núcleo familiar ser pactuado no afeto, carinho, respeito, desejando a evolução de cada ente familiar pelo simples “gostar”, possuindo um amor familiar baseado na preocupação e conexão emocional que possuem. De acordo com Rolf Madaleno:

A família está representada por sua estrutura fundamental, formada pelos vínculos afetivos dos pais e de seus filhos, prescrevendo a Carta Política ser a família a base da sociedade (CF, art. 226), e, portanto, constituindo-se no primeiro núcleo de existência da sociedade. Há diversas espécies de famílias e por isso o termo deve ser designado no plural, para apanhar todos os modelos sociais, consignado o § 4º do artigo 226 da Carta Política, se entender por entidade familiar a comunidade formada por qualquer de seus pais e descendentes. Enrique Varsi Rospigliosi escreve não haver dúvida de ser uma família hodierna plural, igualitária, democrática, inclusiva e naturalmente humana.²

A família em nossa mais recente sociedade pauta-se pelo afeto, carinho e cuidado para com o outro, deixando de ser uma única concepção do que seria a família antes dita como “normal”.

Entrelaçando-se ao tema vigente temos a apreciação de família partindo do uso do material genético de um dos pais para que seja feita a inseminação artificial post mortem, e de acordo com os entendimentos demonstrados tal situação seria sim considerada como um

² MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642489. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642489/>. Acesso em: 08/11/2023

núcleo familiar, quando um dos responsáveis por motivos quaisquer desejou que seu plano familiar fosse concretizado ainda que após sua morte. Entenda-se que não estamos discutindo ainda a autorização ou não de um dos pais, mas sim a vontade de um dia possuir um descendente que possua parte de seu material genético dividido com a pessoa que este possuía afeto.

4. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A doutrina apresenta diversos conceitos quanto as técnicas de reprodução assistida, tais técnicas que visam favorecer a fecundação humana, contribuindo para a criação de uma nova vida humana a partir de gametas masculino e feminino, podendo ser tratada como concepção artificial, fertilização artificial ou fecundação assistida.

Tais técnicas são meios de se conseguir a vontade de seu planejamento parental familiar, decorrente de empecilhos anteriores a cada caso, ressaltando que as técnicas podem ser de inseminação artificial homóloga ou heteróloga, fecundação in vitro, inseminação post mortem, maternidade por substituição, etc.

A inseminação artificial homóloga corresponde a técnica que ocorre quando os companheiros utilizam seus próprios materiais genéticos, assim o filho carrega o material genético dos pais, não existindo uma terceira figura, acontecendo somente com a concordância do casal. Desencontra-se na heteróloga pois diverge da inseminação homóloga, visto que esta utiliza material adverso dos respectivos “pais” do futuro filho.

Por outras técnicas podemos citar a fertilização in vitro homóloga, nesse método o casal utiliza seu próprio material genético (sêmen e óvulo), essa técnica usa do espermatozoide do marido ou companheiro, assim como o óvulo da esposa ou companheira, para que não haja embriões excedentes. Podendo ser na modalidade de fertilização in vitro heteróloga, onde distingue-se da fertilização homóloga, esta usa do material genético de terceiros, não pertencentes ao casal ou companheiros, podendo ser na utilização de sêmen adverso do companheiro, óvulo diferente da companheira ou ainda quando todo material genético for diferente do casal.

5. INSEMINAÇÃO POST MORTEM

A inseminação post mortem homóloga é quando se utiliza o sêmen do marido ou companheiro falecido ou quando da implantação de embriões que foram criopreservados para a

concretização do plano familiar antes da morte do companheiro. Podendo também ser de forma a preservar os óvulos da mulher ou embrião que pode ser formado com material genético de ambos, já falecidos.

No Brasil não existe a proibição de inseminação post mortem, entretanto o Conselho Federal de Medicina vem discutindo desde a resolução 1.358/92, as formas como tal inseminação deva ser feita. Atualmente em sua resolução nº2320/2022 elucida que a reprodução assistida post mortem poderá ser feita desde que haja a expressa autorização para o uso do material biológico criopreservado em vida. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A exigência do Conselho Federal de Medicina da autorização prévia e específica do marido autorizando a reprodução após sua morte não tem mais força do que a lei civil. Trata-se de norma de natureza ética que rege a atividade de uma determinada classe profissional. Não pode se sobrepor ao princípio da autonomia da vontade. Mas talvez decorra daí a tendência da doutrina de reconhecer que, ainda que o cônjuge ou companheiro tenha fornecido o sêmen, não se presume o consentimento para a inseminação. Sem autorização expressa, os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto.³

O Conselho Federal de Medicina não deveria simplesmente ditar leis civis, sobre como a inseminação post mortem deva funcionar, portanto, essa resolução apenas deveria se aplicar há um meio profissional, não devendo interferir no direito que as pessoas possam usufruir.

Retornaremos ao primeiro caso de reprodução assistida post mortem, este aconteceu na França em 1984, ocorre que um homem por motivos de doença decide por armazenar seu esperma, para que posteriormente pudesse ser utilizado. Por infelicidade tal homem veio a óbito e não deixou qualquer tipo de autorização para que seu material genético pudesse ser utilizado por sua companheira, quando esta solicitou a entrega do material genético a empresa que o guardava por meio de criopreservação negou-se a entregar o material genético de seu falecido companheiro. Diante de tal premissa não restou alternativa senão propor uma ação judicial. A companheira em sua causa teve êxito, contudo devido as condições da época o material não pudera mais ser utilizado para a inseminação. Em território nacional o primeiro caso de reprodução humana assistida post mortem por pedido judicial ocorreu em 2011.

No Brasil, possuímos diversos entendimentos doutrinários quanto a como funcionaria a reprodução assistida póstuma em nosso território, de acordo com Carlos Alexandre de Moraes:

Uma das duas correntes doutrinárias quanto à inseminação post mortem no Brasil entende ser esta permitida, uma vez que a legislação não a proíbe, além de existir liberdade para a procriação. Dessa forma, a morte prematura de um dos cônjuges ou

³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p.223.

companheiro não pode ser motivo suficiente para pôr fim ao projeto parental. O planejamento familiar é realizado quando seus idealizadores estão vivos, sendo que seus efeitos podem ser produzidos mesmo com a morte de um ou de ambos. Os reveses da vida não podem ser obstáculos para um projeto exequível, tornando-o impossível por circunstâncias inevitáveis, já que a biomedicina possibilita a realização do projeto parental mesmo após a morte de seus idealizadores.

Por outro lado, parte da doutrina alega que a utilização dessa técnica é uma afronta a dois princípios constitucionais: o da dignidade da pessoa humana e o do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem.⁴

Vale salientar que a não proibição da norma respalda-se com o intuito de se constituir família mesmo após a morte de um dos cônjuges, para que o cônjuge sobrevivente possa continuar o planejamento familiar, ainda assim consagrado na constituição federal a igualdade entre filhos, dotado de amplos direitos sucessórios ao filho póstumo, entretanto, parte da doutrina afirma que tal método de concepção para o filho póstumo afronta não só o Direito Constitucional, mas também a pessoa humana, a criança e o adolescente e seus interesses.

6. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PÓSTUMA E A SUCESSÃO HEREDITÁRIA

A sucessão abrange um conjunto de regras legais que disciplinam a transferência dos bens e do patrimônio deixado por alguém após seu falecimento aos herdeiros do de cujus, sendo de acordo com leis ou testamento de última vontade, sendo os herdeiros legítimos que são os determinados por lei e os testamentários que gozam de parte da herança disponível que o de cujus tinha direito de exprimir suas vontades.

É relevante ressaltar que o patrimônio deixado pela pessoa falecida, é compreendido como bens em sua totalidade, direitos e obrigações de natureza patrimonial. Sendo o conjunto de relações jurídicas que envolvem aspectos patrimoniais nas quais o falecido era parte ativa ou passiva.

A sucessão tem início com o falecimento da pessoa que deixou a herança, o que possibilita a abertura do processo sucessório, a herança deixada pelo falecido é transmitida imediatamente aos herdeiros legítimos a partir do momento do falecimento.

Temos como base principal da herança o princípio de saisine, que consiste na transferência imediata do patrimônio deixado, a partir do momento da abertura da sucessão, sem depender de qualquer manifestação de vontade das partes. Em outras palavras, quando o

⁴ MORAES, Carlos A. Col. Rubens Limongi - **Resp. Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530982959. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982959/>. Acesso em: 08/11/2023

autor da herança vem a falecer, seus sucessores herdam seus bens imediatamente, assumindo os direitos e deveres relacionados ao patrimônio.

O princípio de saisine é geralmente aplicado em sistemas legais que seguem a tradição do direito civil, como o sistema legal francês, de onde o termo “Droit de Saisine” tem origem. No entanto sua aplicação pode variar em diferentes jurisdições e pode ser modificada por leis específicas de cada país. Em sistemas legais que seguem o common law, como os Estados Unidos e Reino Unido, este princípio não é reconhecido da mesma maneira, nesses casos a transferência ocorre por meio de testamento somente ou procedimentos sucessórios.

Em resumo o princípio de saisine estabelece que a sucessão aos bens de uma pessoa falecida ocorra automaticamente e imediatamente após sua morte, simplificando o processo de transferência de propriedade para os herdeiros.

Em nosso ordenamento esse princípio é utilizado possuindo juntamente com ele leis que destinam seu funcionamento, previsto no art. 1784, Código Civil, 2002.

O conselho federal de medicina apesar da flagrante falta de legitimidade para tratar o tema traduz aspectos relevantes às necessidades práticas da utilização da RHA, conforme se observa a partir da leitura da exposição de motivos:

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017 No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA). Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo. O Conselho Federal de Medicina (CFM) age sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos. O uso das técnicas de reprodução assistida para preservação social e oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos amplia as oportunidades de aplicação no sentido de propiciar melhor planejamento reprodutivo. A preservação social diz respeito a pessoas saudáveis, sem indicação médica para assistência à fertilidade, no sentido de promover congelamento dos seus gametas, possibilitando a condição reprodutiva posterior. A permissão da doação de oócitos além dos casos compartilhados contempla a questão da isonomia de gêneros. A Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005) permitiu a utilização para pesquisa de embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei (28.03.2005). Assim, por analogia, a alteração passa de cinco para três anos o período de descarte de embriões. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação da reprodução assistida foram detalhadamente expostos nesta revisão, realizada pela Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 2.121/2015 em conjunto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetria, da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e da Sociedade Brasileira de Genética Médica, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo. Esta é a visão da comissão formada que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina. Brasília-DF, 21 de setembro de 2017. JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO Coordenador da Comissão para Revisão da Resolução CFM nº 2.121/2015 https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2017/2168_2017.pdf⁵

⁵Exposição de motivos da **Resolução CFM nº2.168/2017**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2017/2168_2017.pdf. Acesso em: 8 nov 2024.

Desde que foi citado a reprodução humana assistida post mortem, nos é deixado uma imensa lacuna quanto quais formas ela poderia ser feita, lacunas estas que deixam margem para diversos entendimentos, não possuímos uma legislação que regule como deva ser feito procedimento, o que deteriora ainda mais fatos posteriores como, se a inseminação post mortem pode ser feita como ficariam os herdeiros que já estão vivos, a qual tempo seria possível a feita desse procedimento, os herdeiros esperariam o tempo hábil para terem acesso a herança, diante de tantas perguntas que existem e outras milhares que possam vir a existir, o fato é deixado de lado e sendo usado resoluções de conselhos, os quais não possuem força de lei, para denotar o que pode ser feito ou não para o caso.

Neste ramo temos como por exemplo temos o informativo 706, STJ de 2021, este trata sobre a possibilidade da reprodução humana assistida póstuma, neste provimento temos que somente é possível a realização com o consentimento expresso do falecido, baseado na resolução CFM n. 2.168/2017 permite a realização da reprodução assistida post mortem, desde que haja a condição inafastável de obter uma autorização prévia específica do falecido ou da falecida para o uso do material biológico crio preservado, de acordo com a legislação vigente. Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 artigo 17, § 2º estipula que, no contexto da reprodução assistida post mortem, além de outros documentos exigidos, é necessário apresentar um termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico preservado, o qual deve ser formalizado por meio de instrumento público ou particular com firma reconhecida. Consoante ao supracitado o enunciado n. 633 do Conselho da Justiça Federal, estabelece a viabilidade da utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, desde que haja a condição fundamental de que o consentimento tenha sido expressamente manifestado em vida pela esposa ou companheira, O Planejamento Familiar, de natureza governamental e respaldado constitucionalmente (art. 196, § 7º e art. 226), é concebido como uma iniciativa promocional, em vez de coercitiva. Sua fundamentação repousa nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Essa abordagem visa facilitar o uso de recursos educacionais e científicos, ao mesmo tempo que garante um acesso igualitário a informações, métodos e técnicas para a regulação da fecundidade. Na reprodução assistida, a liberdade pessoal é um princípio fundamental, representando a capacidade inalienável de cada indivíduo autodeterminar-se fisicamente, sem submissão à vontade de outro sujeito de direito.

A escolha de consentir na utilização de embriões constitui uma disposição post mortem, que, além das repercussões patrimoniais e sucessórias, está intimamente relacionada à personalidade e dignidade dos sujeitos humanos envolvidos, tanto do genitor quanto dos futuros concebidos. Dessa forma, torna-se imperativo seguir uma forma expressa e inquestionável, como estabelecido por meio de testamento ou instrumento equivalente, assegurando não apenas a formalidade, mas também a garantia desse processo.⁶

Divergindo de tal situação, temos uma anterior, esta conta a história de Katia e seu falecido marido Roberto, eram casados e possuíam o sonho de ter uma família, tentaram de formas naturais até o conhecimento de que seu marido possuía uma doença terminal, foi então que decidiram por guardar o material genético do de cujus para que pudessem realizar a tão sonhada construção familiar, entretanto o marido não resistiu ao tratamento da doença e veio a falecer.

Katia não queria abrir mão da família que pudera construir com seu marido mesmo com o impedimento por parte do laboratório onde foi deixado o material genético, sendo assim, ingressou por meio de ação judicial para a utilização do material genético.

De acordo com a situação acima o magistrado decidiu-se por não ter necessariamente a aprovação expressa do de cujus, visto que, diante dos fatos era notório que o falecido marido desejava a construção familiar com a esposa.

Portanto restou permitido que o material genético fosse usado para a inseminação post mortem, e assim a autora pode usar o material genético deixado pelo marido para que sua família fosse construída.⁷

Possuímos uma cegueira jurídica quanto ao que se fazer a respeito da sucessão visto que até para a apreciação do tema filho póstumo o sistema jurídico se mante inerte sobre como deve agir.

No tocante a sucessão temos como base o artigo 1798 do código civil que expressa os legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, sendo faltoso o tema acerca do filho póstumo. Visto que o código civil permite o reconhecimento dos filhos póstumos como filhos de direito, mas não como legítimos a

⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Somente será permitida a implantação post mortem de embriões fertilizados in vitro se houve autorização expressa por testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ae4503ec3da32f5e9033604744ec45ae>. Acesso em: 08/11/2023

⁷ PARANÁ. 13ª Vara Cível de Curitiba. Autos n. 27862/2010. Juiz Alexandre Gomes Gonçalves. Liminar em 14/05/2010.

suceder pois somente sucederão os que estejam nascidos ou concebidos no momento de abertura da sucessão.

Possuímos ainda a sucessão de filhos não concebidos de pessoas indicadas pelo testador desde que estejam vivas durante a abertura da sucessão, este, presente no artigo 1799 do código civil.

O Direito com toda sua atualidade e busca de atualizações sobre diversos temas, por muitas vezes não consegue acompanhar sobretudo, como a medicina tem evoluído e vão surgindo novos desafios e perguntas que precisam de respostas, não possuímos uma regra clara quanto ao entendimento sobre os desafios do filho póstumo e como este interfere no direito sucessório, nos baseamos em resoluções pelo conselho de medicina, entendimentos doutrinários e por jurisprudências para darmos soluções quando temas assim surgem para serem discutidos.

6.1 ORDENAMENTO JURÍDICO E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Conforme mencionado anteriormente não possuímos em nosso ordenamento jurídico matérias que versem sobre o direito sucessório do filho póstumo, entretanto temos a base para começar a se discutir sobre o tema, é o que os legisladores têm feito.

Atualmente nossos legisladores estão votando sobre um projeto de lei que determinaria a condição do filho póstumo, que se encontra em tramitação. Esse projeto alteraria o artigo 1597 do código civil, onde permitiria a implantação de embriões crio preservados por um dos membros do casal o outro não estiver mais vivo.

A autora do projeto é a senadora Mara Gabrilli, o projeto permite a implantação de material genético ao qual o casal participou conjuntamente. A Senadora dita como um consentimento presumido sobre a utilização do material genético, visto que ocorreu de forma conjunta entre marido e mulher e não há o que se presumir quanto a negativa dessa vontade.

A autora ainda cita a resolução nº 2.294 de 2021, em suas palavras:

É possível dizer que a Resolução nº 2.294, de 27 de maio de 2021, do Conselho Federal de Medicina (CFM) é o único instrumento normativo que disciplina matéria. Não obstante, esse instrumento se mostra inadequado para impor uma solução para esses e outros casos envolvendo essa matéria, uma vez que ele não tem a estatura de lei em sentido formal e foi concebido apenas para regular a conduta ética da classe médica. Mesmo assim, deve ser notado que, em seu Capítulo VIII, assim dispõe: “É permitida a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização específica

do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.⁸

No artigo 1800, do código civil, possuímos a aprovação da inseminação post mortem, com autorização expressa para tal, onde em seu § 4º destaca o tempo hábil para a concepção do herdeiro legítimo e se não for feita a sucessão seguirá os ritos normais, já expressas no ordenamento jurídico.

Se o filho de reprodução humana assistida post mortem, tem um tempo para que nasça, este com a autorização expressa de um dos genitores, porque não se utilizar da mesma determinação de tempo, tendo em vista o desejo de um dos genitores de constituir família.

Nosso ordenamento jurídico baseia-se em resoluções de conselho de medicina, estas que não possuem força de Lei, para regular sobre a matéria, somos carentes de uma expressa autorização ou proibição para o filho póstumo, e que seja entendido a questão de tempo hábil, tanto para a concepção do filho quanto para a abertura da sucessão e então discutir sobre seus direitos sucessórios.

7. O DIREITO INTERNACIONAL FACE AO FILHO PÓSTUMO

O direito internacional reconhece em alguns países a legalidade da reprodução humana artificial. Como veremos há ordenamentos que limitam o uso do material genético apenas ao casal, sendo minoria, porém o posicionamento quanto a reprodução humana post mortem é inadmitida na maioria dos ordenamentos jurídicos existentes.

A França cria de maneira inovadora comitês de ética médica para a vida. O Canadá segue a mesma linha criando foros de consulta. A Suécia possui Lei de Inseminação artificial. Na Espanha foram editadas leis civis e penais referentes a temática. A Alemanha possui lei regulamentadora de Proteção de Embriões. A Grã-Bretanha admite a reprodução homologa e heteróloga legalmente. Os Estados Unidos também disciplinaram o tema em âmbito geral em todo o seu território.

Embora o primeiro caso registrado de inseminação artificial post mortem registrado tenha sido na França, esta, nos dias atuais não permite mais a inseminação artificial póstuma, visto que segue a maioria dos ordenamentos, assim como a Alemanha e a Suécia onde se faz

⁸**Projeto de Lei nº1851, 2022**, Senadora Mara Gabrilli. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=9180662&ts=1656966189191&disposition=inlin>e. Acesso em: 08/11/2023.

por necessário o consentimento prévio do de cujus, não bastando simplesmente a vontade de se constituir família.

Divergindo dos países supracitados temos a Espanha e Portugal, estes permitindo a inseminação artificial póstuma, desde que haja o consentimento, nesse enfoque, temos que a Espanha ainda estabelece uma data limite para o uso do material genético, sendo ela de 12 meses a partir da data do falecimento.

Na Espanha, em um caso recente temos a apresentadora Ana Obregón, fazendo a última vontade de seu filho, esta vontade que foi dita a ela que era o desejo de seu filho, Aless Lequio de possuir uma filha.

A apresentadora por sua vez como deixaria passar o último desejo do filho, possuindo os meios necessários, ela se dedicou a conseguir o material genético do filho para que pudesse ser feita a inseminação artificial póstuma, e assim ter uma neta.⁹

É visto que essa matéria ainda é foque de nível de mudanças e não possui nem em território brasileiro nem em estrangeiro um entendimento pacificado sobre esse ato. São focos de mudanças recorrentes e atualizações necessárias para que se entenda o direito nos dias atuais. Não precisamos ficar presos a entendimentos antigos e retrógrados, podemos sempre nos atualizar e ver a melhor situação para o ser humano.

8. CONCLUSÃO

Academicamente o tema “filho póstumo” é instigante e desafiador, ficando evidente que o uso da técnica de inseminação post mortem, resulta em conflito de princípios, de um lado há o princípio do planejamento familiar, que permite as pessoas utilizarem técnicas de reprodução assistida para concretizar o tão sonhado plano familiar e projeto parental, em contrapartida temos os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, visando a proteção deles.

Conseguimos perceber o quanto o tema é sensível a várias áreas das ciências, mas não apenas a área do Direito, uma vez ocorrida a reprodução humana póstuma é necessário que nos valhamos de mecanismos jurídicos a fim de proteger e trazer segurança aos atores envolvidos.

⁹ **Ana Obregón não foi mãe, mas avó. Bebê é filha de Aless, que morreu há três anos.** Disponível em: <https://www.publico.pt/2023/04/05/impar/noticia/ana-obregon-nao-mae-avo-bebe-filha-aless-morreu-ha-tres-anos-2045054>. Acesso em: 08/11/2023

A reprodução assistida post mortem no Brasil suscita importantes debates éticos e legais. É crucial encontrar um equilíbrio entre os avanços médicos e os valores sociais, promovendo regulamentações claras que respeitem direitos e garantam segurança jurídica, alinhadas aos princípios locais.

Hodiernamente vivemos uma despatrimonialização das relações familiares e por mais que o nascimento de um filho póstumo implique diretamente na seara econômica, seja com relação a herança, seja com relação a pensões ou quaisquer outros aspectos econômicos, é imperioso que haja o reconhecimento do valor do homem.

E assim o é para o homem médio, imaginemos um caso hipotético em que o cônjuge sobrevivente é o detentor de uma fortuna e que este não possui nenhum familiar, imaginemos que diante da tenra idade do casal estes resolveram planejar filhos para o futuro e a fim de que fosse garantido tal projeto criaram e preservaram seu material genético. E que, durante uma viagem de férias há um acidente e o cônjuge que não possuía qualquer patrimônio veio a óbito. Quem de nós seria capaz de dizer ao cônjuge sobrevivente que ele deveria abandonar seu projeto familiar? Certamente a resposta seria favorável a continuidade do projeto familiar. E se de outra forma, não houvesse qualquer patrimônio continuaríamos favoráveis? Pensamos que sim.

Portanto, devemos nos atentarmos para que as soluções sejam tomadas em razão do ser humano, do seu valor ínsito a sua condição de pessoa e não nos seduzirmos por discursos que possam levar a “coisificação” do homem.

É forçoso perceber que o amor familiar não será capaz de resolver situações jurídicas advindas do nascimento do filho póstumo. Assim, diante das inúmeras possibilidades ofertadas pelos doutrinadores brasileiros optamos por nos filiar àquela que entende pela aplicabilidade do instituto da ausência com relação ao patrimônio, sugerimos que fosse realizado um cadastro público fazendário a fim de que não houvesse necessidade da utilização do instituto da petição de herança. E por conseguinte, uma vez não tendo havido o nascimento do filho póstumo, respeitado o prazo para concepção de dois anos, a totalidade da herança pertenceria aos herdeiros vivos no momento da abertura da sucessão.

REFERÊNCIAS

Ana Obregón não foi mãe, mas avó. Bebê é filha de Aless, que morreu há três anos.

Disponível

em:<https://www.publico.pt/2023/04/05/impar/noticia/ana-obregon-nao-mae-avo-bebe-filha-ale-ss-morreu-ha-tres-anos-2045054>. Acesso em: 08/11/2023.

BERENICE, Maria. **Manual de Direito de Família**. 14^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MORAES, Carlos A. Col. Rubens Limongi - **Resp. Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530982959. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982959/>. Acesso em: 08/11/2023

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGMs e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 mar. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm Acesso em: 08/11/2023

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2002 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 08/11/2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 1988**. Brasília: Senado Federal, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08/11/de 2023

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1851, de 2022**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-1851-2022> Acesso em: 11/09/2023.

BUENO, Emannueli. **O direito à sucessão dos filhos concebidos “post mortem” no campo da reprodução artificial.** IBDFAM, 2021. Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/artigos/1719/O+direito+%C3%A0+sucess%C3%A3o+dos+filhos+concebidos+%E2%80%9Cpost+mortem%E2%80%9D+no+campo+da+reprodu%C3%A7%C3%A3o+artificial> Acesso em: 11/09/2023.

CARDIN, Valéria; VIEIRA, Tereza. **Famílias monoparentais: dos aspectos controvertidos da reprodução humana assistida post mortem.** X encontro internacional do CONPEDI Valência- Espanha, 2020. Disponível em:
<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/150a22r2/2406ng07/O36RlErKR8pQ9pQk.pdf> Acesso em: 11/09/2023.

KAPLAN, Bruna. **Reprodução assistida post mortem: uma análise sobre os aspectos éticos e jurídicos.** IBDFAM, 2022. Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/artigos/1863/Reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+post+mortem%3A+uma+an%C3%A1lise+sobre+os+aspectos+%C3%A9ticos+e+jur%C3%ADdicos> Acesso em: 11/09/2023.

LOURENÇO, Larissa. **Inseminação artificial homóloga póstuma: análise bioética do planejamento familiar.** SciElo Brasil, 28 de novembro de 2022. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/bioet/a/FPgfh3d8Y8K4XVrXnGtWCWH/?lang=pt#> Acesso em: 11/09/2023.

Madaleno, Rolf. **Direito de Família.** Disponível em: Minha Biblioteca, (13th edição). Grupo GEN, 2023.
Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559648511/epubcfi/6/38%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml19%5D!/4/622/2/3:60%5Bsil%2Ceir%5D> Acesso em: 11/09/2023.

MORAES, Carlos A. Col. Rubens Limongi - **Resp. Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida.** Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530982959. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982959/>. Acesso em: 08/11/2023.

MOURA, Laísa; SILVA, Patrícia. **Breves anotações sobre reprodução assistida post mortem, seus reflexos sucessórios e contratuais para com clínicas de reprodução humana assistida e médicos.** IBDFAM, 2022. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/1768/Breves+anota%C3%A7%C3%B5es+sobre+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+post+mortem%C2%seus+reflexos+sucess%C3%B3rios+e+contratuais+para+com+cl%C3%ADnicas+de+reprodu%C3%A7%C3%A3o+humana+assistida+e+m%C3%A9dicos> Acesso em: 11/09/2023.

NEVARES, Ana Luiza. **Impactos na sucessão do filho concebido via reprodução humana assistida post mortem.** Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil | Belo Horizonte, v.

31, n. 4, p. 315-331, out./dez. 2022 Disponível em:

<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/850/579> Acesso em: 11/09/2023.

Nigri, Tânia. **Herança.** Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Blucher, 2021. Disponível em:

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555062809/epubcfi/6/56%5B%3Bvnd.vst.idref%3DHeranca_Miolo25%5D!/4%5BHeranca_Miolo25%5D/2/2%5B_idParaDest25%5D/1:0%5B%2CPER%5D Acesso em: 11/09/2023.

Projeto legaliza implantação de embriões após a morte de um dos membros do casal

Fonte: Agência Senado, 2022. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/07/04/projeto-legaliza-implantacao-de-embrioes-apos-a-morte-de-um-dos-membros-do-casal> Acesso em: 11/09/2023.

REsp 1918421/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 26/08/2021

Disponível

em:<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ae4503ec3da32f5e9033604744ec45ae> Acesso em: 11/09/2023.

SALLES, Layana da Silva. **O direito sucessório dos filhos concebidos por inseminação homóloga post mortem.** IBDFAM, 2022. Disponível

em:<https://ibdfam.org.br/artigos/1798/O+direito+sucess%C3%B3rio+dos+filhos+concebidos+por+insemina%C3%A7%C3%A3o+hom%C3%B3loga+post+mortem#:~:text=ALBUQUERQUE%20FILHO%2C%20Carlos%20Cavalcanti%20de,Fam%C3%ADlia%20e%20dignidade%20humana>. Acesso em: 11/09/2023.

TARTUCE, Flávio. **A nova resolução 2.294 2021 do Conselho Federal de Medicina sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida**. IBDFAM, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1725/A+nova+resolu> Acesso em: 11/09/2023.

Tartuce, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v.6. Disponível em: Minha Biblioteca, (16th edição). Grupo GEN, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646975/epubcfi/6/20%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcontents%5D!/4> Acesso em: 11/09/ 2023.

WEYNE, Bruno C. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**, 1ª Edição... Editora Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502182806. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502182806/>. Acesso em: 08/11/2023

**LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR TEMPLOS DE QUALQUER CULTO:
O PAPEL DO INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRIBUTÁRIA DO MUNICÍPIO DE DUQUE DE
CAXIAS**

**LIMITATION ON THE POWER TO TAX TEMPLES OF ANY FAITH: THE
ROLE OF THE REPETITIVE DEMANDS INCIDENT IN THE PUBLIC TAX
ADMINISTRATION OF THE MUNICIPALITY OF DUQUE DE CAXIAS**

João Vitor Fontes Pereira¹

RESUMO

A limitação ao poder de tributar é a verdadeira forma de conter o poder estatal na esfera tributária, de modo que a parte mais frágil seja sempre protegida, qual seja, contribuintes, a partir deste conceito se constroi o presente trabalho com ênfase nos templos de qualquer culto, que consistem em um direito fundamental à liberdade de crença, qual o estado não deve intervir ou tributar, outrossim considerando o entendimento jurisprudencial e a emenda constitucional nº 116, fica evidente a extensão da aplicação da imunidade tributária de templos de qualquer culto aos templos alugados, o que resulta em uma percepção social e manifestação de vontades, com desdobramento em uma alta demanda administrativa que leva apresentar como possível solução ao problema a aplicação do conceito de incidente de resolução de demandas repetitivas, advindo do direito processual civil e aplicado na esfera administrativo tributária.

Palavras-Chave: Imunidade, Templo, incidente de demandas repetitivas.

ABSTRACT

Limiting the power of taxation is the true way of containing state power in the taxation sphere, so the most fragile part is always protected, that is, taxpayers, based on this concept, the present work is built with emphasis on the temples of any cult, which consists in a fundamental right to freedom of belief, which the state should not intervene or tax, other than considering the jurisprudential understanding and constitutional amendment nº 116, it is evident the extension of the application of the tax immunity of temples of any cult to rented temples, results in a social perception and manifestation of wills, with a continuation of a high administrative demand that leads to present as a possible solution to the problem the application of the concept of incident of resolution

¹ Graduando em Direito pela Universidade Unigranrio/AFYA. Advogado com expertise em Direito Público, graduado pela Universidade Unigranrio (OAB/RJ 254.651) e pós-graduando em Direito Público pela Legale. Atua como Assessor do Procurador Geral na Procuradoria do Município de Duque de Caxias, sendo responsável pela defesa dos interesses municipais em contenciosos cíveis e tributários. Com ampla experiência na elaboração de peças processuais e pareceres técnicos.

of repetitive demands, arising from the civil procedural law and applied in the tax administrative sphere.

Keywords: Immunity, Temple, incident of repetitive demands.

1. INTRODUÇÃO

As limitações ao poder de tributar do meu ponto de vista acabam por ser uma das mais importantes matérias tratadas pelo direito tributário, pois como um mecanismo de defesa, este estabelece os limites do fisco em relação a seus contribuintes.

Produto de uma evolução histórica e social, o Brasil se torna um país democrático de direito, que embora seja laico não deixa de ser teísta, embora isto nem sempre tenha sido um fato, onde em um Brasil Império se havia cerceamento ao direito de culto.

Nos tempos atuais se tornou um direito inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias, o que confirma uma evolução histórica e social, tornando este um direito fundamental.

Por esta razão carece este direito de proteção a sua organização, que faz lançar luzes e remontarmos a limitação ao poder de tributar envolvendo este direito, nascendo assim a imunidade tributária de templos de qualquer culto.

Sendo esta uma hipótese de não incidência de imposto tem como principal razão a não interferência do poder público estatal nos templos religiosos, que muitas das vezes ultrapassam o templo propriamente dito.

Outrossim, a jurisprudência diversas vezes reinterpreto a norma constitucional que visa proteger este direito fundamental, deste modo em uma tentativa de compilação de casos concretos e razão de existir, tocasse em denominador em comum, para que desta forma se clarifique a matéria e as razões de decidir.

Mas de um ponto de vista analítico, o fisco deve se ater a matéria, pois sem a devida observação pode acabar por se tornar um meio para cometimento de sonegação fiscal, e exploração da fé-alheia.

Ainda, devido às modificações e evoluções legislativas firma-se diversos entendimentos, que acabam por gerar controvérsias sobre a matéria, que em busca de uma solução se apresenta o incidente de resolução de demandas repetitivas, conceito que nasce no

direito alemão, mas que é importado para direito processual brasileiro através do código de processo civil de dois mil e quinze.

Sendo relativamente recente neste ordenamento jurídico o que se propõe é utilização do conceito, em razão da própria lei prever tal possibilidade, visto ser um brilhantismo conceito que não deve ser descartado no direito administrativo.

Portanto, diante de uma controvérsia que acabe por se tornar repetitiva deve para segurança jurídica de determinada ente, utilizar-se deste conceito para resolução de conflitos, principalmente por se tratar de uma hipótese constitucional de não incidência tributária, a qual por fim afirma-se um entendimento.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada².

Portanto esta é a principal forma de manutenção e subsistência do próprio poder estatal em uma sociedade, daí nasce o Direito Tributário, que nas palavras de Rubens Gomes de Souza³:

É o ramo do direito público que rege as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, decorrentes da atividade financeira do Estado no que se refere à obtenção de receitas que correspondam ao conceito de tributos.

Sendo este o principal instrumento para regular a relação entre contribuinte e estado, de forma que sejam respeitadas as capacidades individuais, mas que atinjam seus objetivos sociais e constitucionais.

Limitar o poder tributário se torna uma essência deste ramo do direito, portanto surgem alguns entes não incidentes de impostos como o qual presente trabalho se direciona, aos templos de qualquer culto, tendo como sua razão de existir fundada em um direito fundamental constitucional que é a liberdade de crença.

Em uma análise histórica do Brasil fica evidente quando olhamos para trás que havia uma internalização da religião junto ao modelo de governo, isso porque na época o país

² artigo 3º do CTN (BRASIL). Código Tributário Nacional (1966).

³ SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Financieiras, 1934, pp. 13 e 14; v....São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 40.

era controlado por monarcas, que desde seu descobrimento até o pôs declaração da independência se manteve no poder, vindo a ruir apenas na proclamação da república.

Sendo o ponto mais relevante deste período histórico entre independência até proclamação da república, a primeira constituição do Brasil que surge por volta de mil novecentos e oitenta e quatro e que em seu artigo quinto deixa claro qual seria a religião oficial, sendo a Catholica Apostólica Romana, ainda não é proibindo o culto domésticos de outras religiões, sendo vedada qualquer manifestação externa.

O que representa um estado completamente teísta, que garantia a liberdade de crença, mas não a liberdade de culto de outras religiões que não a seu oficial, muito disto decorrente do grande poder que a igreja possuía a época, sendo este pequeno gesto de liberalidade fundado em pressão social e política sobre o império.

No entanto, no que resta do texto constituição nada é dito a respeito das imunidades, muito menos da religiosa, levando a crer que poderia ser realizado através de normas ordinárias ou ficando intrínseco visto a forma de governo ser fundada na fé.

Acerca de um segundo momento, já em um período de Brasil República, se torna imprescindível que fique claro desde logo que o poder deve emanar do povo, levando a constituição de mil oitocentos e oitenta e um, neste momento da história temos o afastamento do estado monarca, mas de maior participação das elites brasileiras, e que decorrente da internalização da estrutura da igreja e sua grande influência não poderiam ser esquecidos, ficando claro no artigo onze que seria vedado embarçar o exercício de cultos religiosos.

Portanto, neste momento é possível identificar uma evolução no campo dos direitos fundamentais em relação à constituição monarca anterior, isso porque existe maior liberdade de crença, mas principalmente de culto, que antes devido às restrições do império deveria ser exercício apenas nos templos, sem qualquer manifestação externa, como se aqueles que não seguissem a religião oficial estivessem errados a luz do estado, mas que devido uma benesse poderiam adorar seus deuses no interior de suas casas a devessem ao máximo esconder suas crenças e ideais.

No que tange às constituições seguintes como a de mil novecentos e trinta e quatro e mil novecentos e trinta e sete, não pode ser observado grandes mudanças significativas nos campos das imunidades.

Mas que em um contexto histórico deve ser lembrado que a de trinta e quatro corresponde a expansão dos entes imunes e a de trinta e sete estabelecida durante o governo

Vargas retrocede em relação em relação a este ponto, mas sem afetar os templos de qualquer culto.

Só em mil novecentos e quarenta e seis com fim da era Vargas se tem o retorno de um estado democrático, retomando os ideais anteriores, que é importante frisar, mas que não relacionado diretamente com a matéria aqui tratada, mas de suma importância social é o artigo quinze desta constituição, que prever a isenção de impostos a pessoas consideradas de restrita capacidade econômica, quando necessitavam de insumos considerados de mínimo indispensáveis como sua habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico.

Ou seja, não é de hoje que a relação social tributária é vista com uma determinada preocupação, tendo sido inclusive na época adotada uma postura econômica extremamente liberal visto o artigo supramencionado, mas que era condizente com o contexto da época.

Por conseguinte, em uma interpretação que transcende a época, os hipossuficientes eram considerados isentos de determinados impostos, o que nos traz de volta ao tema e que inspira *ratio essendi*, da imunidade dos templos religiosos.

Diferente do direito penal, a *ratio essendi* neste trabalho refere-se apenas a razão de existir, que se liga a proteção das liberdades de consciência e crença, constantes no artigo quinto inciso sexto da constituição de oitenta e oito.

Tendo a imunidade de templos características superiores a liberdade supracitada, isto posto ao fato que estes templos possuem um papel social maior que apenas a mera intercessão espiritual, pois desde sempre a igrejas oferecem amparo social em seus templos, muitas das vezes aqueles que o estado não consegue alcançar.

Uma das funções do estado acaba sendo constantemente exercida pelos templos religiosos, que de fato corrobora com entendimento que estes se valem de um tratamento diferente em relação a suas obrigações com o estado.

Se não pelo fator religioso, que seja pela reciprocidade em empenhar função que estado não se fez presente, que nos leva por fim em um conceito histórico a brilhantíssima constituição de mil novecentos e oitenta e oito, e sua capacidade de prever e determinar as limitações do estado, a fim de que jamais retornemos a um estado diferente do Democrático de Direito.

3. PODER DE TRIBUTAR E SUAS LIMITAÇÕES

De antemão, pode-se dizer que o Poder é algo relacionado diretamente à soberania, que diante das ascensões, se demonstra através da força política em uma coletividade, sendo a mão que os cerca e limita, originando as capacidades e possibilidades.

Quando existentes, necessitam de recursos para sua subsistência e manutenção, surgindo a imposição do tributo aos integrantes do meio, através do qual estes devem dispor de sua pecúnia em prol da coletividade, garantindo assim que se perpetue as estruturas que os circundam e resguardam seus direitos fundamentais.

Impor limites ao poder de tributar é só mais um dos traços da evolução social, que se apresenta como o distanciamento de um estado autoritarista ou até anterior, monarquista, portanto concebe-se em 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil.

3.1. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Após um período de retrocesso, lança-se às luzes a Carta Magna de 88, que deixa seu legado como a constituição cidadã, deste modo, demarcar os limites do poder estatal mostra-se como uma das originais preocupações do constituinte.

Por outro lado, exigir de toda tributos de toda a sociedade se torna a principal forma de atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁴,

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Isso não significa que diante de um objetivo maior o mesmo deve ser alcançado a qualquer custo, onde por sua vez a carta magna traz princípios tributários diretos, que podem ser vistos como principal fonte de competências ao poder e limite tributário.

Diante disto, a legalidade torna uma faca de dois gumes, pois de um lado é dado o poder de exigir e majorar tributos, mas em contraprestação este deve ser realizado mediante a lei, afastando a imposição centralizada de poder, garantindo segurança e representatividade social através da política democrática do voto.

Este princípio tributário se correlaciona com outros, como por exemplo a irretroatividade e a anterioridade, concebendo-se assim a segurança jurídica de forma equilibrada, uma vez que o poder estatal não pode impor diante a coletividade, garantindo-se

⁴ Artigo 3º, I, II, III e IV. BRASIL. Constituição 1988.

assim a inviolabilidade de seus direitos fundamentais como o da propriedade privada ou liberdade.

Outrossim a isonomia, expressa a tentativa de equilíbrio na balança social, que por sua vez se vincula ao princípio da capacidade contributiva, pois o tributo não pode ser caráter confiscatório, trazendo à tona o princípio do não-confisco e a liberdade de tráfego.

Deste modo os princípios tributários norteiam e limitam os poderes, sendo a limitação imunitária prevista em lei diferente em seu aspecto central, principalmente por criar condições específicas a determinados entes, deste modo leciona Costa⁵:

Sabemos que os princípios jurídicos são normas fundantes de um sistema, tipificadas pelo forte conteúdo axiológico e pelo alto grau de generalidade e abstração, ensejadores do amplo alcance de seus efeitos, que cumprem o papel fundamental de orientar a interpretação e a aplicação de outras normas. Já as imunidades são normas aplicáveis a situações específicas, perfeitamente identificadas na Lei Maior. Nesse aspecto, pois, reside a primeira distinção entre os princípios e as imunidades. À generalidade e à abstração ínsita aos princípios contrapõe-se a especificidade das normas imunizantes.

Assim, concordamos que não existe um contraponto entre a imunidade e os princípios, sendo formas diferentes dentro do mesmo ordenamento, que em detrimento de determinada condição acabam por ser categoricamente inatingíveis e constantes em nossa carta magna.

4. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

Em aspectos conceituais relativos à Imunidade Tributária, que de forma oriunda do latim denota a palavra *immunitas*, que tem por significado a dispensa e liberdade, que transcendem o ente imunizado de modo a não sofrer interferência tributária.

Na mesma afinação, o tributarista Sabbag⁶ Apresenta breves considerações acerca do instituto jurídico em destaque, que aduz que as imunidades tributárias funcionam como verdadeira limitação ao poder de tributar.

A norma constitucional de desoneração tributária, que, justificada no conjunto de caros valores proclamados na Carta Magna, inibe negativamente a atribuição de competência impositiva e credita ao beneficiário o direito público subjetivo de “não incomodação” perante o ente tributante.

⁵ Curso de direito tributário / Regina Helena Costa. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p 44.

⁶ SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 8ª edição – Ed: Saraiva, 2016. p. 520.

O que corrobora com argumento de não intervenção do poder público aos entes que se encontram em condição de imunes, tendo ainda uma natureza dúplice, pois de forma objetiva pode ser vista como norma constitucional, que ao ser definida demarca ao ente público quais são as hipóteses de não incidência, de forma impositiva para não tributar, de um outro ponto pode ser vista como um direito público subjetivo daqueles que se encontram abarcados nas hipóteses de não incidência.

Sendo a imunidade tributária uma verdadeira vedação constitucional a hipótese de incidência de impostos, diante de um claro objetivo de não interferência do poder público aos entes que se encontram abarcados no rol das imunidades.

Em harmonia com os elementos conceituais apresentados, cumpre salientar o aspecto constitucional que reveste a matéria imunidade tributária, tal como expresso no artigo 150, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil⁷

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: b) templos de qualquer culto.

Por simetria, observando-se a força normativa da Constituição e a norma de reprodução obrigatória, o CTN⁸ Trata-se também da matéria de imunidade tributária.

Portanto, se faz necessário tecer a respeito da distinção dos institutos da imunidade e isenção, que embora sejam semelhantes em um senso comum, diferenciam-se em diversos aspectos.

A imunidade pode ser vista no plano constitucional, sendo também uma forma de limitação ao poder de tributar, como uma hipótese de não incidência qualificada, sendo certo que a imunidade se quer tem seu fato gerador presente, tal condição parte de uma garantia constitucional conferida aos entes imunes, que de forma consolidada.

Outrossim Carvalho⁹ discorre sobre as distinções:

O paralelo [entre imunidade e isenção] não se justifica. São proposições normativas de tal modo diferentes na composição do ordenamento positivo que pouquíssimas são as regiões de contato. Poderíamos sublinhar tão somente três sinais comuns: a circunstância de serem normas jurídicas válidas no sistema; integrem a classe das

⁷ Artigo 150, VI, b. BRASIL. Constituição. 1988.

⁸ Art. 9 É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: b) templos de qualquer culto. BRASIL. CTN. 1966.

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 237.

regras de estrutura; e tratem de matéria tributária. Quanto ao mais, uma distância abissal separa as duas espécies de unidades normativas.

Destarte, a norma que trata de isenção deve ser vista em um plano infraconstitucional, sendo uma dispensa legalmente qualificada, a competência para sua constituição depende das vontades e necessidades de cada ente federativo, respeitada as particularidades de cada caso.

A isenção ainda por outro lado tem seu fato gerador presente, sendo a busca aqui voltada ao não lançamento do tributo, ou por melhor expressar sua dispensa, pegando-se como exemplo mais comum a isenção de idosos sobre IPTU, que costuma ser comum em municípios da federação.

Assim, na hipótese supracitada se tem como fato gerador, a propriedade de determinado bem imóvel de uso urbano, mas que o contribuinte pode ser dispensado caso lei o determine, sendo existente a legislação e cumprido seus requisitos cabe a Municipalidade dispensá-lo, o que por sua vez é ato discricionário, podendo ou não existir norma que legisle sobre o assunto.

Portanto em síntese existe um requisito a ser cumprido, o que afastaria o pagamento do referido imposto, sendo certo por assim dizer que em uma análise sobre determinado contribuinte este no decorrer da vida contribuirá com seu devido imposto, mas que em um determinado momento deixaria de pagá-lo, pois em razão de determinada condição foi dispensado, comprovando a relação jurídico-tributária entre o contribuinte e a Municipalidade, qual este mais uma vez, dispensado.

Por outro lado, a não incidência tributária da norma imunizadora afasta a relação jurídica tributária, sendo uma hipótese de não incidência desde seu surgimento, pois aquilo que é imune nascera imune e caso ocorra deixará de existir sendo imune.

4.1. TEMPLOS DE QUALQUER CULTO.

É importante frisar, desde logo, que o Brasil é laico, o que implica em não possuir uma religião oficial, por assim dizer, por mais que em seu preâmbulo empregue a expressão “sob a proteção de Deus”, o Brasil desde o fim do império se tornou um país laico, mas isso não significa que não seja teísta.

Noutro giro, a expressão templos de qualquer culto assume contornos relevantes, tendo em mira o objeto do presente escrito. Nesse sentido, as instituições religiosas de

qualquer culto podem ser definidas como entes que oferecem apoio no desenvolvimento social de suas comunidades e que buscam, através de suas atividades, a propagação da fé.

Tais entidades têm a imunidade tributária garantida pela Constituição Federal, pois dentre os inúmeros valores assegurados pela Carta Política, destaca-se a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, prevista em seu artigo¹⁰ 5º, VI, no qual fica assegurado o livre exercício dos cultos religiosos de qualquer natureza, garantida na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias, bem assim, aos demais locais das entidades religiosas.

Diante disto sobre a distinção do instituto supramencionada dos templos de qualquer culto e o templo maçônico, que também em sincronia com a jurisprudência fica evidente seu não enquadramento na hipótese constitucional de não incidência tributária, mais especificamente através do recurso extraordinário que em sua ementa dispõe.

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, VI, C, DA CARTA FEDERAL. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DO STF. ART. 150, VI, B, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ABRANGÊNCIA DO TERMO “TEMPLOS DE QUALQUER CULTO”. MAÇONARIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E, NO QUE CONHECIDO, DESPROVIDO.¹¹

No caso em tela surge o questionamento se seria possível a equiparação da norma constitucional ao enquadramento e aplicação da norma constitucional aos templos maçons, isto ocorre devido a uma ação movida pela Grande Loja Maçônica do Estado do Rio Grande do Sul.

Mas que em análise ao caso concreto e a norma constitucional o Ministro Ricardo Lewandowski, cujo relator e voto vencido firma entendimento que os templos maçons estão mais próximos de uma “ideologia de vida” do que de fato uma religião, além disto se tratam de associações fechadas, não aberta ao público, sendo a norma constitucional direcionada aos templos de qualquer culto, sendo este benefício fiscal está circunscrito aos cultos religiosos.

Portanto, a imunidade tributária dos templos de qualquer culto por mais que presumida não é inquestionável, motivo que levou a uma longa e detalhada análise e

¹⁰ CRF/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

¹¹ MIN.LEWANDOWSKI, RICARDO. RE 562.351, Primeira Turma. DJe de 04.09.2012.

manifestação do judiciário, de modo que seja preservado o intuito depositado em nossa constituição.

Outrossim, observa-se que a imunidade tributária das organizações religiosas de qualquer culto deve ser voltada tanto aos templos próprios como àqueles sobre os quais recaem os atributos da posse, diferentemente do entendimento que predominava e vem se modificando, no sentido de que a benesse tributária prevista na constituição direcionava-se apenas às organizações religiosas que efetivamente fossem proprietárias dos imóveis utilizados para a realização dos cultos, perspectiva deveras controvertida, atraindo posicionamentos diversos na doutrina e na jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema, exarou diversas posições, por exemplo, quando bens imóveis são adquiridos por entidades imunes, a destinação de referidos bens às finalidades essenciais dessas entidades deve ser pressuposta, sob pena de se tornar inviável a imunidade tributária em relação a esse tributo, como se depreende da ementa de julgado transcrita.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI. IMUNIDADE. IGREJA. AQUISIÇÃO DE BEM IMÓVEL NÃO EDIFICADO. PRESUNÇÃO DE DESTINAÇÃO ÀS FINALIDADES ESSENCIAIS DA INSTITUIÇÃO. NÃO UTILIZAÇÃO TEMPORÁRIA DO BEM. SITUAÇÃO DE NEUTRALIDADE QUE NÃO ATENTA CONTRA A FINALIDADE DA REGRA IMUNIZANTE. CABE AO FISCO PROVAR EVENTUAL DESVIO DE FINALIDADE. AGRAVO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. MANDADO DE SEGURANÇA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO DESPROVIDO¹². Grifo Nosso

Nota-se, que neste julgado nem existia um templo, pois se tratava de aquisição de imóvel não edificado, e mesmo assim a corte suprema firma o entendimento da não incidência de imposto, sendo o fato de maior relevância aqui a parte em que dispõe sobre o cabimento ao fisco de provar eventual desvio de finalidade, que corrobora para presunção de fato.

Destaca-se ainda, que a Corte Suprema, firmou orientação no sentido de que a imunidade tributária concedida aos templos não abrange apenas os prédios destinados ao culto, mas também o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das instituições religiosas, em decorrência do § 4º do artigo 150 da Constituição Federal, que equiparou as alíneas *b* e *c* do inciso VI.

Recurso extraordinário. 2. Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços

¹² MIN. FUX, LUIZ. RE 1.077.799. Data de Julgamento 27.09.2017.

relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, `b´ e § 4º, da Constituição. 3. Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. 4. A imunidade prevista no art. 150, VI, `b´, CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas. 5. O § 4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas `b´ e `c´ do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas. 6. Recurso extraordinário provido.¹³ Grifo Nosso

De acordo com o entendimento esposado pelo STF, além de seus templos devem ser imunes os imóveis destinados às finalidades da igreja, mesmo que estes estejam locados a terceiros, que em contrapartida seus proveitos econômicos sejam revertidos às finalidades do templo, além do mais as entidades religiosas e as demais entidades imunes gozam da presunção de que seu patrimônio, renda e serviços são destinados às suas finalidades essenciais. Tal presunção milita a favor do contribuinte e indica que o afastamento da imunidade somente pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela administração pública, conforme demonstram julgados oriundos da Corte Suprema.

Através da brilhantíssima RE 470.520, cujo Relator foi o Ministro Dias Toffoli, se extrai entendimento firmado que a Imunidade de Entidades Educacionais, se aplica quando tratar do ITBI, mesmo que na aquisição de terreno sem edificação.

Qual cabe o ônus de provar que a destinação do imóvel não se cumpre as finalidades essenciais da entidade, do Fisco, não sendo suficiente por parte do fisco alegar que o imóvel se encontrar vago ou sem edificação, pois se trata de uma presunção de enquadramento devendo militar a favor das pessoas ou das entidades que apontam a norma constitucional, onde se traduz através de uma negativa de competência, limitando, a priori, o poder impositivo do Estado.

Ainda, se retira do RE 385.091, cujo relator também fora o Ministro Dias Toffoli, que a imunidade é uma regra de supressão da norma de competência, que deve militar em favor do contribuinte de modo que seu afastamento deve ocorrer mediante produção de prova apresentada pela administração pública, que mais uma vez faz com a presunção prevaleça.

Por sua vez o Ministro Luiz Fux, no ED ARE: 876253 PR, firmou entendimento que, que a imunidade tributária do ITBI a templos de qualquer culto é cabível mesmo em imóveis sem edificação, pois se vale da presunção que essa aquisição se dá em razão das

¹³ REL. MIN. GALVÃO, ILMAR E MIN.MENDES, GILMAR. RE 325.822. DJ de 18.12.2002.

finalidades do templo, não se tratando de uma utilização temporária, qual cabe o fisco provar futuro desvio de finalidade.

Portanto, com a cristalização do pensamento jurisprudencial dominante que emanou dos tribunais e das Cortes Superiores, e, ainda, o advento da Emenda Constitucional n.º 116 de 2022, que acresceu o art. 156, §1-A¹⁴ ao texto da Carta Magna, a controvérsia foi dirimida e o entendimento clarificado no sentido de que a imunidade tributária conferida aos templos de qualquer culto, tal como descrito anteriormente, alcança imóveis próprios ou não.

4.2. UMA ANÁLISE CRÍTICA.

Uma grande preocupação surge quanto ao reconhecimento da imunidade tributária de templos de qualquer culto, visto a grande proliferação das “pseudo igrejas”, que possuem como atividade a exploração da fé alheia.

Ficando nítido o interesse econômico mascarado de templo, utilizando-se inclusive das estruturas para a prática de negócios ilícitos, incluindo a sonegação fiscal, demonstrando uma clara violação da suposta idoneidade dos templos.

Além do mais, fica claro o ativismo político da classe de “pseudo pastores” e representantes espirituais ou ainda melhor, portadores da fé alheia, atuantes no meio político como manobristas da lei ao seu favor.

Não melhor exemplificativo a este fato, tem-se a emenda Constitucional Nº116/2022, de autoria do ex-senador, ex-prefeito, e é claro pastor, Marcelo Crivella, que teve sua proposta de emenda constitucional aprovada no ano passado, que teve como objetivo ampliar a imunidade aos templos de qualquer culto, sem a preocupação com um estudo aprofundado acerca do impacto arrecadatário.

Mas a preocupação aqui não milita apenas em defesa do fisco, mas também em defesa do cidadão que escolhe seu voto quase como os denominados “votos de cabresto”, pois se colocam em posição de apoio sem qualquer questionamento aos seus líderes fiéis, que por sua vez ao serem eleitos podem manobrar o legislativo a forma que os interessem, para que se auto beneficiam da imunidade tributária de impostos.

¹⁴ CRFB/88. Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

§ 1º-A O imposto previsto no inciso I do caput deste artigo não incide sobre templos de qualquer culto, ainda que as entidades abrangidas pela imunidade de que trata a alínea "b" do inciso VI do caput do art. 150 desta Constituição sejam apenas locatárias do bem imóvel. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 116, de 2022)

Portanto, é preciso notar se interesses pessoais não acabam ultrapassando a representatividade outorgada pelo voto, devendo os interesses políticos de nossos representantes serem pautados nos interesses coletivos e não pessoais.

Por sua vez, a imunidade tributária de templos de qualquer culto é um tema sensível, que ao ser analisado deve levar em consideração diversos fatores, dentre o qual o mais importante deve ser questionado, identificar se o que está sendo colocado em pauta trata-se de fato de um templo religioso.

5. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRIBUTÁRIA DE DUQUE DE CAXIAS

Diante do advento da Emenda Constitucional n.º 116 de 2022, fica nítido o alargamento da imunidade dos templos de qualquer culto, além do que abre margem para interpretação da carta magna como será apontado em momento oportuno.

Assim, templos de todas as partes e lugares começam a perceber seu direito e postula-lo, pois, aquilo que antes se via de forma mais rígida por toda administração pública, de repente toma uma direção contrária ao entendimento do fisco até então.

Diante disto, apresenta-se a tese firmada no Município de Duque de Caxias, e publicada no Boletim Oficial nº 7269, através do processo administrativo 006/002219/2022.

A tese em questão busca uma solução para uma demanda administrativa volumosa e controversa advinda da Emenda Constitucional já mencionada, onde de um lado temos os templos religiosos de qualquer culto e do outro o Município, ou melhor o Fisco, que tem papel fundamental de proteger suas receitas, mas que deve cumprir com o já tão extensivo direito dos templos de qualquer culto.

Deste modo, utiliza-se de uma recente inovação do direito Processual Civil Brasileiro, uma ferramenta engenhosa que possui suas peculiaridades, mas que poderia solucionar a então controversa jurídica.

No que diz respeito ao instituto jurídico denominado incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR, se trata de um incidente processual, que se tem como base um

caso, um acontecimento que se diversifica dos demais, que gera um precedente que possibilita em casos semelhantes sua viável sua aplicação, evitando as complexidades inerentes do processo coletivo.

Desta forma, é elaborada uma tese que se convertida em decisão acaba por se tornar eficaz e vinculante para aquele tribunal, pois traz a segurança jurídica necessária para criação de um padrão decisório decorrente de matéria repetitiva.

Tal conceito possui contornos de inspiração no direito alemão, conforme leciona Aluísio Gonçalves de Castro Mendes¹⁵:

O Tribunal Administrativo de Munique, diante de 5.724 reclamações, resolveu inovar, selecionando 30 casos considerados representativos (modelo) da controvérsia, suspendendo os demais até o julgamento destes Musterverfahren (procedimentos modelo), cujo entendimento foi aplicado a todos os processos pendentes. A iniciativa do Tribunal de Munique provocou grande controvérsia jurídica, tendo em vista a falta de previsão, na Verwaltungsgerichtsordnung (Estatuto da Justiça Administrativa), do procedimento adotado. No entanto, a Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional) decidiu, em 1980, pela constitucionalidade da prática estabelecida. Como decorrência, o legislador alemão, ao editar nova versão do Estatuto da Justiça Administrativa (Verwaltungsgerichtsordnung), em 1991, incorporou dispositivos, dentre os quais o parágrafo 93a, com a previsão do Musterverfahren.

O ordenamento jurídico brasileiro vem, ao longo dos tempos, adotando mecanismos para a resolução de conflitos de massa, decorrentes do aumento populacional, ampliação do acesso à informação e educação, além do crescimento e padronização das relações jurídicas, resultando no incremento dos litígios, fenômeno inevitável, próprio da vida na sociedade democrática, que contempla a convivência com a diversidade de pensamentos e atitudes.

Neste sentido, uma ferramenta tão brilhante não deve ser descartada pelo Direito Administrativo, que pode contribuir para promover a padronização decisória e a duração razoável dos processos administrativos, que em toda administração pública não são poucos, não afastando o concerto com os princípios deste direito como em destaque cita-se a eficiência administrativa, segurança jurídica e proteção da confiança.

¹⁵ Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 69.

Se torna cabível a aplicação da técnica processual em questão na esfera administrativa, com o propósito principal de criação de entendimento para solucionar as demandas de natureza repetitiva, na forma esposada e em sintonia com o que dispõe o artigo 15 do CPC¹⁶:

O IRDR encontra-se previsto no Código de Processo Civil, em capítulo próprio, dos artigos 976 a 987, com o intuito de tratar demandas semelhantes, ou seja, que possuem a mesma *ratio decidendi*¹⁷. Basicamente, tem como pilares três princípios: o da isonomia, que estabelece um tratamento uniforme nos litígios, trazendo maior segurança jurídica nas decisões tomadas e, por fim, a prestação jurisdicional em tempo razoável.

5.1. PRECEDENTE FIRMADO PELO MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS

Deste modo, quando analisado a Emenda Constitucional n.º 116 de 2022, que acaba por incluir o §1º-A ao artigo 156 da Carta Magna, nota-se que é deixada margem a interpretações, principalmente no trecho que dispõe sobre a não incidência aos templos de qualquer culto “ainda que sejam apenas locatárias do bem imóvel”.

Através desta redação que o legislador adotou começam a surgir diversos entendimentos dentro da administração pública, decorrentes de diversos argumentos apresentados pelos entes imunes, gerando controvérsias entre as decisões que o fisco toma ou venha adotar, pois há aqueles que entendam que seria imune os templos de posse como também os que entende o contrário.

Em decorrer disso nota-se que não há um padrão decisório, mesmo em um tema relativamente simples, mas que possui um grande peso na ordem constitucional e tributária, portanto começa-se a pensar em soluções que trariam a segurança jurídica ao fisco e seus

¹⁶ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

¹⁷ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro. Forense, 2018 p. 374 apud BUSTAMANTE, 2012, p.259. “A grande questão a ser respondida por uma teoria descritiva dos precedentes judiciais é: “O que vale como precedente judicial?”. Como optamos por uma teoria normativa do precedente, nosso problema é: “O que deve contar como precedente judicial, para fins de sua aplicação no raciocínio jurídico?”. Ao reformularmos a pergunta inicial, abandonamos a perspectiva do observador e adotamos a do participante. Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* - o elemento vinculante - do caso a ser utilizado como paradigma. Mas a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controverso. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*. ”

contribuintes, chegando à conclusão que deveria ser estudado a possibilidade de trazer um conceito de outra matéria a ordem administrativo tributária.

A fixação de teses desempenha um papel fundamental ao estabelecer um padrão decisório para órgãos da administração pública. Um exemplo notável ocorreu no Município de Duque de Caxias, onde se consolidou a tese de que a imunidade tributária dos templos de qualquer culto deva-se considerar sua relevância histórica por obvio, masque derivada de um direito fundamental.

Que ao lidar com templos que detêm a posse de seus imóveis, é imprescindível priorizar a sua natureza enquanto locais de culto. A distinção entre posse e propriedade não é relevante nesse contexto, pois a Constituição não faz tal distinção, pois presume-se que esses templos exerçam suas atividades religiosas, visto que a liberdade religiosa é um direito fundamental garantido.

Caso o fisco conteste a imunidade tributária de um templo, a responsabilidade recai sobre ele de provar o contrário, essa abordagem está em consonância com a jurisprudência e a ordem constitucional.

Sendo a fixação de teses o alinhamento com a jurisprudência, que proporciona por sua vez critérios claros, garantindo uma concessão justa da imunidade tributária aos templos religiosos, assegurando seu papel na sociedade seja devidamente reconhecida, evitando interpretações arbitrárias ou inconstitucionais.

Dessa forma, a fixação de teses contribui para a proteção dos direitos fundamentais, a aplicação adequada das normas tributárias e a promoção de uma sociedade justa e equilibrada. Sendo a principal pergunta que se deva fazer nestes casos é se de fato existe um templo religioso ou se o imóvel está a serviço deste, pois a *ratio decidendi* deve se fundamentar nos limites tributários do ente público, que neste caso devem interpretar a Constituição de forma precisa, porém flexível, levando em consideração as particularidades de cada situação.

Nesse contexto, o fisco tem o papel fundamental de exercer a fiscalização, garantindo o cumprimento das normas tributárias. Através dessa fiscalização, é possível assegurar a correta aplicação das disposições constitucionais, garantindo que a imunidade tributária seja concedida apenas quando devidamente justificada e evitando abusos ou

desvios. Assim, é fundamental que o fisco desempenhe seu papel de forma diligente, promovendo a conformidade com a legislação e a justiça fiscal.

Nesse sentido, é essencial que a administração pública busque uma abordagem eficiente para garantir que não ocorra perda de arrecadação indevida ou imposição de obstáculos inconstitucionais aos templos. A presunção da imunidade deve ser sempre considerada, e o fisco deve fiscalizar e comprovar a falta de enquadramento dos templos quando necessário.

Dessa forma, é fundamental encontrar um equilíbrio entre a proteção dos direitos constitucionais dos templos e a garantia de uma administração pública eficiente, evitando assim qualquer arrecadação indevida ou restrições injustificadas aos templos religiosos.

CONCLUSÃO

Por fim, apresenta a imunidade tributária de templos de qualquer culto, sendo verdadeira fonte ao poder de tributar, qual decorre de um direito fundamental, em um estado teísta e laico, que carrega sua carga histórica.

Sendo este um direito que não se sobrepõe aos princípios tributários, de modo que não se pode ver como privilégio ou concorrência desleal, tal limitação, é frequentemente debatida pela jurisprudência, que possui diversos entendimentos sobre a matéria, em especial o fato em que a imunidade tributária de templos religiosos é um fato presumido, sempre recaindo ao fisco o dever de comprovar o contrário, tal tese e diversas vezes citada e defendida, pois não restam dúvidas que essa fora intenção do legislador.

Outrossim, com as evoluções sociais o conhecimento desta matéria pode acabar se tornando ferramenta para cometimento de esvaziamento dos cofres públicos decorrentes de perdas arrecadatórias por aqueles que se exploram a fé-alheia ou que se aproveitam da alta demanda do fisco é possível descuido.

Por isso ressalta-se a importância dessa matéria, pois existe uma dificuldade probatória complexa ao fisco provar que um templo se vale deste instrumento para cometimento de crimes como sonegação fiscal ou atividades que não envolvam a religião.

Outrossim, não pode ser deixado de lado todas ferramentas que estão ao nosso alcance, de modo que não deve ser descartado pelo direito administrativo conceitos do direito processual civil para resolução de conflitos.

Tendo sido provado que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, é uma possibilidade dentro da esfera Administrativa, pois diante de controvérsias decorrentes de mudanças legislativas ou diante de uma alta demanda seria possível que a Administração Pública se manifeste de forma uniforme, para que assim dentre outras razões cumpra com os princípios do Direito Administrativo.

Firmando-se a tese de que templos de qualquer culto devem ser imunizados, mesmo que não detenham a propriedade de seus imóveis, pois o fato é que a razão de existirem decorre da intenção de proteção a um direito fundamental, além ser um fato presumido e constitucionalmente não incidente de imposto.

Referências

ÁVILA, Fabiana. **A imunidade tributária dos templos de qualquer culto**. Revista da FESDT, Porto Alegre, n.6, p.43-63, jul/dez. 2010. Disponível em: <https://www.fesdt.org.br/docs/revistas/6/artigos/3.pdf>. Acesso em: 19 maio. 2023

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 8. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Constituição da República Federativa, 05 out. 1988. **Diário da República Federativa do Brasil**, 06 out. 1988. Disponível em: http://https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 maio. 2023.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

FILHO, Eloi Cesar Daneli. SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **As Constituições Brasileiras e a Imunidade Tributária de Templos de Qualquer Culto**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010 Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3676.pdf>. Acesso em: 19 maio. 2023

Lei 5.172. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. 25 out. 1966, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 27 out. 1966. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 19 maio. 2023

MADEIRA, Anderson Soares. **Manual de Direito Tributário**. 11.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022

QUINTANILHA, Gabriel Sant'Anna. **Manual de Direito Tributário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8ª edição – Ed: Saraiva, 2016

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro. Forense, 2018.

**OS EFEITOS DA POLUIÇÃO E DA CONTAMINAÇÃO DO MEIO AMBIENTE
SOBRE OS ANIMAIS E A NATUREZA: O IMPACTO DO TRÁFICO DE DROGAS
NA VIDA MARINHA**

**THE EFFECTS OF ENVIRONMENTAL POLLUTION AND CONTAMINATION
ON ANIMALS AND NATURE: THE IMPACT OF DRUG TRAFFICKING ON
MARINE LIFE**

Maria Fernanda Goes Lima Santos¹

RESUMO

O presente artigo visa abordar os efeitos da poluição na vida dos animais marinhos ocasionada pelo Tráfico de Drogas no meio ambiente do mar, haja visto seu caráter transfronteiriço que ocasiona danos em uma escala global. O trabalho, pretende, especialmente abordar a legislação ambiental aplicável no Brasil, os impactos da poluição e da contaminação do meio ambiente marinho em sua fauna e flora relacionando-o ao fator de degradação ambiental, utilizando o estudo de casos relevantes, que se deram com a presença de Cocaína no mar, sendo destacado o modo como afeta os Tubarões de nariz afiado no Brasil e as Enguias Europeias, utilizando a análise de estudos recentes realizados, pela revista Science of the Total Environment, realizadas, respectivamente, nos anos de 2018 e 2024. Em suma, o estudo se dará por intermédio da exploração do método teórico, utilizando a pesquisa de obras, artigos de periódicos, revisão bibliográfica, bem como documentos eletrônicos que tratam do tema.

Palavras-chave: Meio ambiente; vida marinha; tráfico de drogas;

ABSTRACT

This Article aims to address the effects of pollution on the lives of marine animals caused by drugs trafficking in the marine environment, given its cross-border nature that causes damage on a global scale. In particular, the world aims to address the environmental legislation applicable in Brazil, the impacts of pollution and contamination of the marine environment on its fauna and flora, relating it to the factor of environmental degradation, using the study of relevant cases, which occurred with the presence of cocaine in the sea, highlighting how it affects sharp-nosed Sharks in Brazil and European Eels, using the analysis of recent studies conducted by journal Science Of the Total Environment, carried out, respectively, in the years 2018 and 2024. In short, the study will be developed through the exploration of the theoretical method, using research into works, journal articles, bibliographical reviews, as well as electronic documents dealing with the subject.

Key words: Environment; sea life; drug trafficking;

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Unigranrio/AFYA, orientada pela Professora Maria Célia Ferraz Roberto da Silveira. Mestranda na Universidade Cândido Mendes em Direito Internacional dos Direitos Humanos.

1. INTRODUÇÃO

Com os avanços das intervenções humanas no meio ambiente, passaram a ser notados efeitos de poluição e da contaminação que afetam a sobrevivência da humanidade, da natureza e dos animais. Os impactos ambientais gerados pela poluição e contaminação do meio ambiente são diversos e influenciam o solo, ar e água, bem como, propiciam as mudanças climáticas.

Porém, há situações ocasionadas de forma natural e outras pelo próprio ser humano, sendo elas as antropogênicas, que são objeto deste estudo. O presente analisa a forma como o tráfico de drogas realizado por rotas marítimas têm afetado a vida marinha, em estudos recentes realizados pela *Science of The Total Environment*, nos últimos anos, em que foi averiguado casos em que a Cocaína afeta o ambiente marinho, sendo analisado amostras referentes aos Tubarões-de-nariz-afiado brasileiros e as Enguias Europeias, que têm sido afetadas pela presença dos compostos da droga em seus sistemas.

Diante a situação destacada, fez-se necessário uma análise do recorte da ligação da presença de Cocaína concentrada nos oceanos com a poluição dos mares e efeitos nos animais.

Para que ocorra esta análise é preciso verificar de que forma se deu a expansão das rotas marítimas para a exportação e importação de drogas e por fim, das legislações que se aplicam em um cenário nacional e internacional.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 LEGISLAÇÃO AMBIENTAL APLICÁVEL

O próprio processo de verificação sobre qual será o exercício jurisdicional penal no mar é de alta complexidade, haja visto que as ameaças à segurança marítima são diversas, perpassando pelas mais usuais como roubos e homicídios, mas abrangendo ainda situações adversas como a realização do tráfico de drogas por meio de remessas no mar.

De acordo com o entendimento de André Beirão, conceituado estudioso do direito do mar, impactos diretos e indiretos na vida marinha, a especificação de como ocorrerá a jurisdição penal no mar, abarca a necessidade de compreensão de alguns conceitos, entre eles os de soberania, território e competência, preceitua portanto que:

O mar traz sua complexidade ao entendimento e clarificação dos citados conceitos. Em primeiro lugar, por sua fluidez, que faz com que pessoas e atividades possam estar bastante distantes do território (seja ele nacional dos

mesmos, ou mesmo estrangeiro). Em segundo lugar que o costume consolidou práticas desse exercício jurisdicional que o particulariza aos conceitos tradicionais no ceio dos territórios terrestres.²

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, aprovada por meio do Decreto nº 99.165/1990, faz alguns apontamentos sobre o combate ao tráfico de drogas, apresentando especificidades em seus artigos 25, nos qual descreve, sobre os direitos de proteção do Estado Costeiro, qual seja, *in verbis*:

Artigo 25 - 1. O Estado costeiro pode tomar, no seu mar territorial, as medidas necessárias para impedir toda a passagem que não seja inocente*. 2. No caso de navios que se dirijam a águas interiores ou a escala numa instalação portuária situada fora das águas interiores, o Estado costeiro tem igualmente o direito de adotar as medidas necessárias para impedir qualquer violação das condições a que está sujeita a admissão desses navios nessas águas interiores ou nessa instalação portuária. 3. O Estado costeiro pode, sem fazer discriminação de direito ou de fato entre navios estrangeiros, suspender temporariamente em determinadas áreas do seu mar territorial o exercício do direito de passagem inocente* dos navios estrangeiros, se esta medida for indispensável para proteger a sua segurança, entre outras, para lhe permitir proceder a exercícios com armas. Tal suspensão só produzirá efeito depois de ter sido devidamente tornada pública.³

Além disso, em seu artigo 108, prevê sobre o dever dos Estados em cooperar para que ocorra o combate do Tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas em âmbito internacional, o que remete a própria consciência da importância de uma atuação em conjunto, ressaltando inclusive a possibilidade de um país requerer a colaboração de outros, como expõe o texto:

Artigo 108 - 1. Todos os Estados devem cooperar para a repressão do tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas praticado por navios no alto mar com violação das convenções internacionais.2. Todo Estado que tenha motivos sérios para acreditar que um navio arvorando a sua bandeira se dedica ao tráfico ilícito de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas poderá solicitar a cooperação de outros Estados para pôr fim a tal tráfico.⁴

Logo, desde a década de 90, tem-se uma legislação em vigência que estabelece a possibilidade de requerer a cooperação com outros países para realizar o combate ao tráfico de drogas em suas regiões costeiras.

² BEIRÃO, André. O complexo exercício da jurisdição penal no mar. Revista de Direito e Negócios Internacionais da Maritime Law Academy - International Law and Business Review , [S. l.], v. 3, n. 2, p. 104–134, 2023. DOI: 10.56258/issn.2763-8197.v3n2.p104-134. Disponível em: <https://mlawreview.emnuvens.com.br/mlaw/article/view/93>. Acesso em: 6 ago. 2024.

³ Decreto nº 99.165/1990. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

⁴ IBIDEM

A Lei nº 9.966 de 28 de abril de 2000⁵, dispõe sobre a necessidade de controle e fiscalização da poluição causada pelo lançamento de óleos e demais substâncias nocivas em águas sob a jurisdição nacional, nesta legislação resta previsto que:

Art. 15. É proibida a descarga, em águas sob jurisdição nacional, de substâncias nocivas ou perigosas classificadas na categoria "A", definida no art. 4º desta Lei, inclusive aquelas provisoriamente classificadas como tal, além de água de lastro, resíduos de lavagem de tanques ou outras misturas que contenham tais substâncias.

No caso de descarte ilegal de resíduos, a legislação prevê que ocorra a penalização por meio da aplicação de multa no valor de no mínimo de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

2.2 IMPACTOS DA POLUIÇÃO E CONTAMINAÇÃO DO MEIO AMBIENTE NA FAUNA E FLORA

Os impactos ambientais gerados pela poluição e contaminação do meio ambiente são diversas e influenciam o solo, ar e água, bem como, é possível definir a poluição como a adição de qualquer substância (sólida, líquida ou gasosa) ou qualquer tipo de energia em um ambiente específico, em quantidades ou em curto período de tempo de forma que a assimilação natural não seja suficiente para impedir as mudanças características do meio⁶, é possível destacar dois grupos de fontes de poluição, as naturais e as antropogênicas.

Dentre as naturais, pode-se destacar os vulcões, salinização, erosão, furacões. Sobre as antropogênicas, são as causadas pelo ser humano e por vezes ocasionam o agravamento das que poderiam ser por causas naturais, como as queimadas e o efeito estufa. Entre os pontos de impacto que podem ser destacados, especialmente causados pela abundância de gases do efeito estufa. Segundo o Boletim da Organização Meteorológica Mundial (OMM)⁷, as concentrações de metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O) aumentaram, e a de dióxido de carbono (CO₂), foi 50% acima do que na era pré-industrial:

⁵ Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências.

⁶ CAMPELLO, Felipe Arrelaro. Poluição: causas, consequências e soluções. Editora Senac São Paulo, 2023. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=f8WxEAAAQBAJ>. Acesso em 10 out 2024.

⁷ ONU, **Clima: Concentração de gases de efeito estufa na atmosfera atinge novo recorde em 2022**. Brasil. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/252972-clima-concentra%C3%A7%C3%A3o-de-gases-de-efeito-estufa-na-atmosfera-atinge-novo-recorde-em-2022>>. Acesso em: 12 out. 2024

Enquanto as emissões continuarem, o CO₂ continuará a se acumular na atmosfera, levando ao aumento da temperatura global. Dada a longa vida útil do CO₂, o nível de temperatura já observado persistirá por várias décadas, mesmo que as emissões sejam rapidamente reduzidas a zero. A última vez que a Terra experimentou uma concentração comparável de CO₂ foi há 3-5 milhões de anos, quando a temperatura era 2-3°C mais quente e o nível do mar era 10-20 metros mais alto do que agora.

Sendo assim, destaca-se que apesar de haver a possibilidade de reduzir o acúmulo na atmosfera, os danos ocasionados pelo aumento de temperatura, não serão solucionados, pois levará tempo para que se observe uma redução na temperatura, o que influencia, por exemplo, o nível absurdo de queimadas que ocorreram no presente ano.

Um relatório apresentado pelo Serviço de Monitoramento da Atmosfera Copernicus (C3S), no qual a agência calcula que entre janeiro e setembro de 2024, o Brasil realizou a emissão de 183 toneladas de carbono na atmosfera, em decorrência das queimadas, destacando que temperaturas extremamente altas registradas na América do Sul e a seca prolongada deixa o solo com baixa umidade e outros fatores climatológicos parecem ter contribuído imensamente para a situação.

No entendimento de Rattner⁸, a poluição de rios, lagos, zonas costeiras e baías tem causado degradação ambiental contínua por despejo de volumes crescentes de resíduos e dejetos industriais e orgânicos. Além disso, o lançamento de esgotos não tratados expandiu extremamente nas últimas décadas, impactando a fauna e a flora, bem como, os próprios seres humanos.

2.3 O TRÁFICO DE DROGAS COMO FATOR DE DEGRADAÇÃO AMBIENTAL

O Relatório Mundial Sobre Drogas da UNODC⁹, demonstrou a forma como os novos opioides sintéticos e sua oferta e demanda por novas drogas gerou um agravamento dos impactos no problema que a produção mundial de drogas ilícitas gera, já que ocasionou um aumento dos transtornos relacionados ao uso de drogas e danos ambientais severos e cumulativos.

⁸RATTNER, H. Meio ambiente, saúde e desenvolvimento sustentável. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.14, n.6, p.1965-1971, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/CJWJqXs4PhrMBK9MKHFN3cj/> Acesso em 10 set 2024.

⁹ UNODC, **World Drug Report 2024** (United Nations publication, 2024). Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/relatorio-mundial-sobre-drogas.html> Acesso em 5 ago 2024.

Sendo certo, que conforme aponta o próprio estudo, o consumo foi ampliado, no ano de 2022, quase 292 milhões de pessoas - um em cada dezoito habitantes do planeta - havia consumido alguma droga ilícita no corrente ano. Destes, 30 milhões eram usuários de anfetaminas e 60 milhões de pessoas haviam consumido opioides, e metade opiáceos.

Destacou ainda que um dos fatores que contribuíram para o aumento do consumo de drogas deste período foi o ressurgimento do consumo de drogas estimulantes, entre elas a cocaína e o ecstasy, que tiveram grande queda durante o período da pandemia de Covid-19.

Apesar da queda apresentada referente ao consumo, com a Pandemia, o uso do mar como rota para o tráfico de drogas se expandiu, conforme será abordado em tópico próprio.

3. EFEITOS DA POLUIÇÃO E CONTAMINAÇÃO NA VIDA MARINHA

3.1 DESCRIÇÃO DOS PRINCIPAIS AGENTES POLUENTES

Com o desenvolvimento célere de áreas urbanas e industriais, especialmente em rios e costas, no último século, tem sido verificada a presença de diversos contaminantes ambientais no ambiente marinho. Sendo necessário destacar que diante o grau de toxicidade e a tendência à bioacumulação de resíduos presente nestes locais, tem-se um preocupante cenário, já que os ambientes marinhos ocupam dois terços da superfície da Terra.

Operações costeiras e offshore em todo o mundo, incluindo recuperação de terras, desenvolvimento de linhas costeiras, dragagem e isolamento de sedimentos contaminados (ou seja, isolamento ou remoção de sedimentos contaminantes) descartam seus sedimentos na água do mar. A poluição por sedimentos é um dos desafios mais significativos associados a materiais dragados de portos e hidrovias. Estima-se que 10% dos 190 a 230 milhões de metros cúbicos de sedimentos dragados anualmente nos Estados Unidos contenham metais pesados e compostos orgânicos (Suedel et al. 2008). Os usos da terra acima mencionados levantam preocupações quanto ao acúmulo preciso de sedimentos na área especificada, bem como ao aumento das perdas de sedimentos como resultado do fluxo ambiental durante as operações de descarte (a difusão de sedimentos na coluna d'água).¹⁰

Entre os principais agentes poluentes, tem-se os microplásticos, originários de pequenas partículas sintéticas, que possuem proporções picolas sendo facilmente aerotransportadas ou levadas por sistemas de esgoto, ocasionando sua recepção nos mares, entre eles tem-se os microplásticos liberados pelo desgaste dos pneus dos veículos que é um

¹⁰ IBDEM.

fato negligenciado, mas responsável pelo agravamento da poluição da Consequências da poluição na vida marinha (Jan Kole, P.; Löhr, AJ; Van Belleghem, FGAJ).

Além disso, nas atividades industriais outros fatores, como a deterioração de materiais de construção, liquidificadores de cozinha, smartphones, pós de toner impressos, tábuas de corte tubos cortados de cloreto de polivinila (PVC), entre outros objetos que também liberam substâncias tóxicas aos animais marinhos, onde a maioria das partículas era menor que 1 mm e de cor preta, sendo a poliamida o tipo de polímero mais abundante.¹¹

Entre os principais efeitos, a ingestão de microplásticos pelos animais marinhos, especialmente os peixes, foram encontrados resíduos em seus tratos gastrointestinais, guelras e outros tecidos, gerando danos físicos, entre eles bloqueios e ferimentos nessas áreas e um estresse fisiológico perceptível que gera dificuldade na alimentação, crescimento e reprodução dos animais.

O presente estudo, aborda especialmente a presença de drogas ilícitas em rios e mares que tem afetado nas últimas décadas os animais que nestas habitam, em decorrência do tráfico de drogas transfronteiriço, sendo evidenciado casos recentes, conforme se passa a expor, relacionados a presença de cocaína em seus organismos.

3.2 ESTUDOS DE CASO RELEVANTES AO TEMA

3.2.1 Tubarões-de-nariz-afiado brasileiros e a Cocaína (COC)

Num estudo publicado pela *Science of The Total Environment*, realizado pelo Instituto Oswaldo Cruz (IOC/Fiocruz), foi verificado com o acompanhamento de 13 tubarões da espécie *Rhizoprionodon lalandii*, foi detectado a presença de Cocaína (COC) e Benzoilecgonina (BE). Sendo que a cocaína demonstrou maior concentração nos músculos dos animais do que no fígado, bem como, um maior potencial de bioacumulação em comparação à benzoilecgonina.

Por ser este o primeiro relatório sobre a presença de cocaína e benzoilecgonina nos tubarões de vida livre em todo o mundo, não há conclusões sobre a forma como os entorpecentes irão afetar os animais a longo prazo, sendo evidenciado pelo estudo que, até o atual momento, foram detectados em ecossistemas aquáticos a presença deste entorpecente e

¹¹ NAWAR, Nowshin. RAHMAN, Md. Mostafizur. CHOWDHURY, Farah Noshin et al. **Characterization of microplastic pollution in the Pasur river of the Sundarbans ecosystem (Bangladesh) with emphasis on water, sediments, and fish**, *Science of The Total Environment*, Volume 868, 2023, 161704, ISSN 0048-9697, Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048969723003194> Acesso em 14 set 2024.

de seu principal agente metabólico a Benzoilecgonina. Além disso, os resultados apresentados pela pesquisa, indicam que:

Os resultados indicam que todos os tubarões foram expostos à cocaína nos seus habitats naturais. A razão para este fato é multifacetada. Em primeiro lugar, a COC e a BE são provavelmente descarregadas em esgotos, rios e canais urbanos que desembocam na região costeira do estado. Neste sentido, o Sernambetiba, um dos principais canais urbanos associados à sub-bacia hidrográfica do Rio de Janeiro, na bacia hidrográfica da zona costeira do Rio de Janeiro, por exemplo, possui muitos dutos clandestinos de esgoto.¹²

Logo, a poluição dos mares e rios em decorrência do esgoto ocasiona aumento na concentração dessas drogas nesses locais.

3.2.2. Enguias Europeias (*Anguilla anguilla*)

Outro animal afetado pela presença de drogas em alta concentração é a Enguia Europeia, que em estudo publicado na *Science of the Total Environment*, devido a concentração ambiental de cocaína que geraram alterações em suas brânquias, sendo evidenciado que:

Foram avaliados o estado geral de saúde das enguias, a morfologia do músculo esquelético e vários parâmetros indicativos da fisiologia do músculo esquelético, nomeadamente o perfil proteico total do músculo, marcador dos níveis de expressão das principais proteínas musculares; atividade da citocromo oxidase, marcadores do metabolismo oxidativo; caspase-3, marcador de ativação da apoptose; níveis séricos de creatina quinase, lactato desidrogenase e aspartato aminotransferase, marcadores de danos musculares esqueléticos. As enguias expostas à cocaína pareciam hiperativas, mas mostraram o mesmo estado geral de saúde que os outros grupos. Em contraste, seu músculo esquelético mostrou evidências de lesões graves, incluindo quebra muscular e inchaço, semelhante ao típico da rabdomiólise. Essas alterações ainda estavam presentes 10 dias após a interrupção da exposição à cocaína.¹³

Sendo assim, com a cumulação da droga no cérebro, músculos, brânquias, pele e outros tecidos, seu desenvolvimento é afetado já que precisa de um corpo saudável para se desenvolver e completar com sucesso o processo migratório, logo, a presença da cocaína em

¹² FERREIRA. Vinicius. (IOC/Fiocruz) Pesquisa inédita da Fiocruz detecta contaminação por cocaína em tubarões. Fiocruz. Julho, 2024. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/2024/07/pesquisa-inedita-da-fiocruz-detecta-contaminacao-por-cocaina-em-tubaroes> Acesso em 1 out 2024.

¹³ Capaldo A, Gay F, Lepretti M, Paoletta G, Martucciello S, Lionetti L, Caputo I, Laforgia V. Efeitos das concentrações ambientais de cocaína no músculo esquelético da enguia europeia (*Anguilla anguilla*). *Sci Ambiente Total*. 1º de novembro de 2018;640-641:862-873. DOI: 10.1016/j.scitotenv.2018.05.357. Epub 2018 5 de junho. PMID: 29879672.

seu organismo afeta sua própria existência. Além disso, cabe destacar que a Enguia é uma espécie comestível e recurso alimentar, especialmente de suas brânquias.

4. O TRÁFICO DE DROGAS COMO AMEAÇA À VIDA MARINHA

O tráfico marítimo de drogas tem sido objeto de grande atenção dos órgãos internacionais, haja visto seu caráter transfronteiriço que ocasiona danos em uma escala global. O relatório Mundial sobre drogas (2021)¹⁴, informou que com a pandemia de COVID-19, novas tendências no tráfico de drogas foram evidenciadas e outras expandidas, entre estas, a utilização crescente das rotas marítimas e fluviais em muitas regiões.

Sendo evidente que as mudanças do perfil dos transportes utilizados, ocorreu em decorrência da dificuldade de tráfego por terra e a redução dos voos comerciais, no cenário da pandemia, aumentando assim o uso das rotas marítimas.

Em uma série de reportagens investigativas e entrevistas realizadas pelos jornalistas Carlos Carone e Mirelle Pinheiro sobre a rota da cocaína do Brasil à Europa, que ilustra em pormenores a atuação das duas maiores facções do país, o Comando Vermelho (CV) e o Comando da Capital (PCC), respectivamente do Rio de Janeiro e de São Paulo. Como ponto central, apresenta o uso de mergulhadores altamente treinados para realizarem o transporte das drogas e toda a logística para o envio para fora do Brasil, no qual, estima-se que¹⁵:

Estima-se que as transações envolvendo o narcotráfico mundial rendem cerca de 900 bilhões de dólares ao ano, o equivalente a 35% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, ou 1,5% do PIB mundial. De acordo com as autoridades, parte desse montante é engordado pelo tráfico brasileiro que alimenta o mercado europeu da droga.

Logo, o combate ao tráfico transfronteiriço de drogas, é ponto central para proteger as espécies ameaçadas, entre elas o Tubarões-de-nariz-afiado brasileiros e as Enguias Europeias, que já foram afetados pela presença da Cocaína nos mares.

¹⁴ UNODC, **World Drug Report 2024** (United Nations publication, 2024). Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/relatorio-mundial-sobre-drogas.html> Acesso em 5 ago 2024.

¹⁵ CARONE, Carlos. PINHEIRO, Mirelle. **A rota marítima do tráfico de cocaína do Brasil à Europa**. Metrópoles. Disponível em: <https://www.metropoles.com/materias-especiais/a-rota-maritima-do-trafico-de-cocaina-do-brasil-a-europa>. Acesso em: 11 out. 2024.

5. ANÁLISE JURÍDICA

5.1. RESPONSABILIDADE LEGAL PELA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A priori, é preciso destacar o que prevê o artigo 225 da Constituição Federal, especialmente em seus incisos V e VII, estabelece como dever do poder público gerar uma segurança ao controle da produção de substâncias que comportem riscos à vida, bem como, sobre a proteção da fauna e flora, diante práticas que coloquem em risco sua função, conforme se transcreve:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.¹⁶

Sendo assim, compreende-se que na realidade, a própria carta magna, desde 1988 estabelece como direito fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e já previa, a necessidade de assegurar a efetivação deste direito, por meio da atuação do próprio Estado por sua proteção, ressaltando ainda, sua responsabilidade para a proteção do meio ambiente.

A política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), que se deu por intermédio da Lei nº 6.938/1981, adotada com a finalidade a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, aponta os princípios a serem seguidos pelo Direito Ambiental em âmbito nacional, destaca-se assim, os princípios aos quais atende:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

representativas; V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras; VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais; VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental; VIII - recuperação de áreas degradadas; IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação; X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

É preciso destacar, o princípio da sustentabilidade, que traz o entendimento da ligação do desenvolvimento sustentável e a prosperidade econômica, que denota um desejo de promover um projeto duradouro de sociedade, a proteção da vida e se liga aos princípios da reparação e da prevenção. O estudioso Bosselman, expõe seu entendimento, neste sentido:

Não há prosperidade econômica sem justiça social e não há justiça social sem prosperidade econômica, e ambos dentro dos limites da sustentabilidade ecológica. Uma norma poderia ser formulada como uma obrigação de promover prosperidade econômica de longo prazo e justiça social dentro dos limites da sustentabilidade ecológica.¹⁷

No cenário internacional, o pacto Global da ONU, uma iniciativa das Nações Unidas, enquanto um pacto de adesão voluntária, visa gerar um compromisso por parte dos CEOs das empresas participantes a fim de que implementem princípios universais de sustentabilidade que ocasionarão o alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS).

Sendo certo que a rede de implementação do Brasil, é a segunda maior rede local do mundo, contando atualmente, segundo o site do projeto com 1.900 empresas participantes, totalizando mais de 50 projetos que versam sobre temas como Água e Saneamento, Alimentos e Agricultura, Energia e Clima, Direitos Humanos e Trabalho, Anticorrupção, Engajamento e Comunicação.

Sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, pode-se destacar o objetivo 14, que se remete a vida na água, com a meta de conservar e utilizar de forma sustentável os oceanos, mares e recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável, entre suas pontuações, há:

14.1 Até 2025, prevenir e reduzir significativamente a poluição marinha de todos os tipos, especialmente a advinda de atividades terrestres, incluindo detritos marinhos e a poluição por nutrientes. 14.2 Até 2020, gerir de forma sustentável e proteger os ecossistemas marinhos e costeiros para evitar impactos adversos significativos,

¹⁷ BOSSELMANN, Klaus. The principle of sustainability. Transforming law and governance. Aldershot: Ashgate, 2008. p. 53

inclusive por meio do reforço da sua capacidade de resiliência, e tomar medidas para a sua restauração, a fim de assegurar oceanos saudáveis e produtivos¹⁸.

Sendo assim, destaca-se que a responsabilidade legal pela proteção do meio ambiente vem sendo reforçada nas normas nacionais e internacionais, enfatizando justamente, a necessidade de conservar e amenizar os efeitos do mal uso do meio ambiente à vida e a própria natureza, sendo certo, que no que diz respeito aos mares.

Há objetivos específicos, em âmbito internacional, criados pela própria Organização das Nações Unidas, diante da gravidade da situação, e em sua ODS, resta claro, que a até a presente, levando em consideração os pontos abordados anteriormente, que não houve o alcance das metas estabelecidas.

5.2. MEDIDAS LEGAIS PARA COMBATER A POLUIÇÃO DECORRENTE DO TRÁFICO DE DROGAS

O ordenamento jurídico brasileiro, apresenta repressão aos entorpecentes, porém, com o passar do tempo, a estruturação e consolidação do tráfico de drogas, fez-se necessário a criação de normas abrangentes, a Lei nº 11.343/2006¹⁹, estabeleceu normas para combate ao tráfico de drogas ilícitas, em seu artigo 33, expõe as penas aplicáveis:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo

¹⁸ ONU BRASIL, **Sustainable Development Goal 14: Vida na água. Sustainable Development Goal 14: Vida na água | As Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/14> Acesso 11 out 2024.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 11.343/2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm Acesso em 8 set 2024.

com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Além disso, no artigo 5º, XLIII, há a previsão do crime de tráfico de drogas como um delito inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, enquanto parte da política de repressão às drogas, porém, ocorre uma diáspora entre as políticas abordadas e a realidade, conforme aponta Brandão e Junior²⁰:

Em que pese a força da norma constitucional, data vênua, a Constituição com toda sua utopia, em algum momento de algum modo deve ainda que minimamente estar em sintonia com a realidade do país, sob pena de toda a Constituição, bem como todo o aparato estadual e suas organizações caírem em total descrédito e completa deslegitimação, pois um ordenamento jurídico que não leva em conta os hábitos e costumes de seu povo vai estar fadada a gerar mais conflitos do que pacificar as relações sociais.

A solução para combater a poluição causada pelo tráfico de drogas, perpassa não apenas o dano direto ocasionado pelos bioacumuladores e demais resíduos despejados no meio ambiente e o tráfico direito ao próprio tráfico de drogas em âmbito nacional e internacional conforme já abordado anteriormente.

Mas também, pelo cuidado com a saúde mental do homem, como forma de prevenção e tratamento do próprio consumo das drogas, o que gerou enquanto política pública para reduzir os danos, conforme aponta o próprio estudo da UNODC, em seus pontos de interesse,

Es necesario resaltar la importancia prioritaria de tener presente la salud mental en la prevención y el tratamiento de los trastornos por consumo de drogas. Los estudios científicos actuales sobre psicodélicos y los ensayos clínicos conexos ponen de manifiesto el potencial de esas sustancias para el tratamiento de algunos trastornos mentales, si bien la supervisión médica es un componente fundamental que garantiza sus beneficios al tiempo que reduce los daños²¹.

Sendo assim, uma reforma das legislações que abordam o tema apenas com a finalidade de criminalizar seu uso, que é amplamente presente na população, é necessária,

²⁰ BRANDÃO, Gabriel Almeida. JUNIOR, Lucilo Perondi. **O crime de consumo pessoal de drogas e sua inconstitucionalidade**. Páginas 645 - 650, Anais do VI Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização VI Congresso Nacional da FEPODI – São Paulo; Pós-graduação, desenvolvimento e tecnologia Publicado em: 8 de fevereiro de 2019.

²¹ UNODC, **World Drug Report 2024** (United Nations publication, 2024)

para abarcar políticas que levem em consideração a prevenção ao consumo e fatores relacionados à saúde pública.

CONCLUSÃO

Portanto, o presente estudo, buscou estabelecer uma relação entre o consumo desenfreado de drogas ilícitas - sendo demonstrado que quase 292 milhões de pessoas consumiram algum opioides em 2022 - e a degradação ambiental dos mares.

Para tanto, foi utilizado a análise do relatório Mundial Sobre Drogas da UNODC e os estudos realizados pela Science of The total Environment de casos em que o tráfico internacional da cocaína foi apontado com maior concentração nos músculos dos animais do que no fígado, bem como, um maior potencial de bioacumulação em comparação a benzoilecgonina, o que expôs que provavelmente estas drogas foram jogadas diretamente na água sem serem metabolizadas por seres humanos, no caso dos tubarões e as enguias tem acumulação da droga no cérebro, músculos, brânquias, pele e outros tecidos.

Percebeu-se que apesar de haverem legislações aplicáveis em âmbito nacional (Lei 9.966/2000) e internacional (Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar) que especificam a necessidade de atuação em conjunto entre os países para o combate ao narcotráfico, até o presente momento, não foi possível verificar resultados positivos, haja visto os números de consumo apresentados.

Além disso, observou-se que o cenário apresentado no Rio de Janeiro e em São Paulo possuem facções, respectivamente o Comando Vermelho (CV) e o Comando da Capital (PCC), que se especializaram em realizar o narcotráfico por meio marítimo, o qual é um problema de saúde pública, pela própria natureza nefasta dos entorpecentes ilícitos que lida, mas também, influência a poluição dos mares com estas substâncias.

Sendo assim, é preciso que haja um combate não apenas por meio de legislações que punem o uso e tráfico das drogas, mas também com a criação de políticas públicas voltadas à saúde da população que o consome a fim de reduzir o consumo destas substâncias que afetam a sociedade e atualmente tem afetado ainda a vida marinha, em decorrência do despejo ilegal de substâncias no mar.

Diante da situação, é preciso que os órgãos reguladores reconheçam a presença dessas drogas nos ecossistemas para possibilitar seu monitoramento e conter sua presença.

REFERÊNCIAS

BEIRÃO, André. **O complexo exercício da jurisdição penal no mar**. Revista de Direito e Negócios Internacionais da Maritime Law Academy - International Law and Business Review , [S. l.], v. 3, n. 2, p. 104–134, 2023. DOI: 10.56258/issn.2763-8197.v3n2.p104-134. Disponível em: <https://mlawreview.emnuvens.com.br/mlaw/article/view/93>. Acesso em: 6 ago. 2024.

BRASIL. Lei. 9.966/2000. Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9966.htm Acesso em 5 out 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 11.343/2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm Acesso em 8 set 2024.

BOSELNANN, Klaus. **The principle of sustainability**. Transforming law and governance. Aldershot: Ashgate, 2008

BRANDÃO, Gabriel Almeida. JUNIOR, Lucilo Perondi. **O crime de consumo pessoal de drogas e sua inconstitucionalidade**. Páginas 645 - 650, Anais do VI Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização VI Congresso Nacional da FEPODI – São Paulo; Pós-graduação, desenvolvimento e tecnologia Publicado em: 8 de fevereiro de 2019. Disponível em:

https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/59503532/Anais_do_VI_Congresso_Nacional_da_FEPODI_-_ok20190603-88778-1agtjqj-libre.pdf?1559609616=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DAnais_do_VI_Congresso_Nacional_da_FEPODI.pdf&Expires=1728914832&Signature=S90CDAXA6WUIv12B8WG8SXR77Ab6JpwWtDqSf68KYuGhUJ4XGTj6dTwf9qkjmpPAvq8JQkWr9-j7x~Xcen26KS3-iT4xCyjNo7-JDCP3jwSY5Plj9Btv7ph-

[Ckj44artT1rEe5h9bBbCML5NW26Nm1NTkftsS7mm9V3zz52LK2qb4fROE0~Krck3gugIL](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/59503532/Anais_do_VI_Congresso_Nacional_da_FEPODI_-_ok20190603-88778-1agtjqj-libre.pdf?1559609616=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DAnais_do_VI_Congresso_Nacional_da_FEPODI.pdf&Expires=1728914832&Signature=S90CDAXA6WUIv12B8WG8SXR77Ab6JpwWtDqSf68KYuGhUJ4XGTj6dTwf9qkjmpPAvq8JQkWr9-j7x~Xcen26KS3-iT4xCyjNo7-JDCP3jwSY5Plj9Btv7ph-Ckj44artT1rEe5h9bBbCML5NW26Nm1NTkftsS7mm9V3zz52LK2qb4fROE0~Krck3gugIL)

1GI-8OxFcnhYWaTzeHSMNFvjj9r7rFcq4-003YYCElu49I-S8r2Y1n7QRZuliFbCwqcFo~4bFPhPYffbgan8KKCFFTIwC1rKqcxMxz6NCVnTrgRSU YNYf8011y64soAvn9pnZtFZZIVimSBHYU8GYcQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA Acesso em: 11 out 2024.

CARONE, Carlos. PINHEIRO, Mirelle. **A rota marítima do tráfico de cocaína do Brasil à Europa**. Metrópoles. Disponível em: <https://www.metropoles.com/materias-especiais/a-rota-maritima-do-trafico-de-cocaina-do-brasil-a-europa>. Acesso em: 11 out. 2024.

CARVALHO, J. .; ORSINE, J. . **Contaminação do meio ambiente por fontes diversas e os agravos à saúde da população**. ENCICLOPÉDIA BIOSFERA, [S. l.], v. 7, n. 13, 2011. Disponível em: <https://conhecer.org.br/ojs/index.php/biosfera/article/view/4197>. Acesso em: 11 out. 2024.

CAMPELLO, Felipe Arrelaro. **Poluição: causas, consequências e soluções**. Editora Senac São Paulo, 2023. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=f8WxEAAAQBAJ>. Acesso em 10 out 2024.

FERREIRA. Vinicius. (IOC/Fiocruz) **Pesquisa inédita da Fiocruz detecta contaminação por cocaína em tubarões**. Fiocruz. Julho, 2024. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/2024/07/pesquisa-inedita-da-fiocruz-detecta-contaminacao-por-cocaina-em-tubaroes> Acesso em 1 out 2024.

ONU BRASIL, **Sustainable Development Goal 14: Vida na água. Sustainable Development Goal 14: Vida na água | As Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/14> Acesso 11 out 2024.

ONU, **Clima: Concentração de gases de efeito estufa na atmosfera atinge novo recorde em 2022**. Brasil. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/252972-clima-concentra%C3%A7%C3%A3o-de-gases-de-efeito-estufa-na-atmosfera-atinge-novo-recorde-em-2022>>. Acesso em: 12 out. 2024.

NAWAR,Nowshin. RAHMAN, Md. Mostafizur. CHOWDHURY, Farah Noshin et al. **Characterization of microplastic pollution in the Pasur river of the Sundarbans ecosystem (Bangladesh) with emphasis on water, sediments, and fish**, Science of The Total Environment, Volume 868, 2023, 161704, ISSN 0048-9697, Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048969723003194> Acesso em 14 set 2024.

RATTNER, H. Meio ambiente, saúde e desenvolvimento sustentável. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.14, n.6, p.1965-1971, 2009. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/csc/a/CJWJqXs4PhrMBK9MKHFN3cj/> Acesso em 10 set 2024.

SUEDEL, Burton C. KIM, Jongbum. CLARKE, Douglas G. LINKOV, Igor. **Uma estrutura de decisão informada sobre riscos para definir janelas ambientais para projetos de dragagem**. 2008, *Sci Total Environ* 403(1-3):1-11. Disponível em:

<https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2008.04.055> Acesso em 12 ago 2024.

UNODC. **Informe Mundial de 2023 sobre as Drogas: Pontos de interesses principais**.

Disponível em: https://www.unodc.org/res/WDR-2023/WDR23_SPI_Spanish.pdf. Acesso em 15 set 2024.

UNODC, **World Drug Report 2024** (United Nations publication, 2024). Disponível em:

<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/relatorio-mundial-sobre-drogas.html> Acesso em 5 ago 2024.

