

BOLETIM DOS
PROCURADORES E
DAS PROCURADORAS
DA REPÚBLICA

Vol. 7, nº 7 julho/setembro de 2024



anpr



anpr

Associação Nacional
dos Procuradores
da República

EXPEDIENTE

BOLETIM DOS PROCURADORES E DAS PROCURADORAS DA REPÚBLICA

DIRETORIA BIÊNIO 2023-2025

Ubiratan Cazetta

Presidente

Luciana Loureiro Oliveira

Vice-Presidente

Livia Nascimento Tinoco

Diretora Secretária

André de Carvalho Ramos

Diretor Cultural

Bruno Nominato de Oliveira

Diretor de Assuntos Institucionais

Delson Lyra da Fonseca

Diretor de Aposentados

Igor da Silva Spindola

Diretor de Assuntos Corporativos

Nara Soares Dantas Kruschewsky

Diretora de Comunicação Social

Oswaldo Barbosa Silva

Diretor Financeiro

Peterson de Paula Pereira

Diretor de Assuntos Legislativos

Raquel de Melo Teixeira

Diretora de Eventos

Renata Muniz Evangelista Jurema

Diretora de Assuntos Jurídicos

CONSELHO EDITORIAL

Daniel de Resende Salgado

(coordenador)

Andrea Walmsley Soares Carneiro

Nathália Mariel Pereira

Ronaldo Pinheiro de Queiroz Walter

Claudius Rothenburg

PRODUÇÃO/ DESIGN COORDENAÇÃO E SUPERVISÃO

André de Carvalho Ramos

PROJETO GRÁFICO

Pedro Henrique Lino

CÓDIGO ISSN Nº

ISSN 2965-3266

Periodicidade da publicação:

trimestral

**Associação Nacional dos
Procuradores da República**
SAF Sul, Quadra 04, Conjunto C
Bloco B, Sala 113/114,
CEP 70.050-900, Brasília-DF

**BOLETIM DOS
PROCURADORES E DAS
PROCURADORAS DA
REPÚBLICA**

S U M Á R I O

A PFDC COMO CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS	9
(Paulo Thadeu Gomes da Silva)	

VULNERAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DO DIREITO ANALÓGICO ÀS RELAÇÕES DIGITAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO DO ELEMENTO NOMINATIVO DE MARCA ALHEIA NAS FERRAMENTAS DE BUSCA	19
(Saulo Stefanone Alle)	

A PEC DO ABORTO: O ABORTO LEGAL POR UM FIO - UMBILICAL	27
(Daniela Bucci)	

ROUBO, FURTO E ARREBATAMENTO: CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL DA VIOLÊNCIA INDIRETA NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO	38
(Eduardo Pelella)	

O BOLETIM INDICA	51
(Jurisdição Internacional e Internet – Anamara Osório Silva intitulada)	

EDITORIAL

O RENASCIMENTO DO BOLETIM

A sétima edição do Boletim dos Procuradores e Procuradoras da República chega para reforçar o compromisso do Ministério Público Federal com a reflexão e o aprofundamento crítico de temas que impactam o cotidiano jurídico e social brasileiro. Com contribuições que abrangem desde os desafios das relações digitais até os direitos humanos e questões de gênero, este boletim reafirma o papel do Ministério Público como protagonista na promoção da justiça, na proteção dos direitos fundamentais e no enfrentamento das complexidades da contemporaneidade.

Nesta edição, Paulo Thadeu Gomes da Silva apresenta, em “**A PFDC como clínica de direitos humanos**”, uma leitura inovadora da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) como uma Ombudsperson. Ele evidencia como a escuta ativa e a articulação com movimentos sociais permitem construir confiança e promover a efetivação de direitos fundamentais para grupos vulnerabilizados.

No campo das relações digitais, Saulo Stefanone Alle traz uma abordagem pioneira em “**Vulneração de valores constitucionais na aplicação do direito analógico às relações digitais: reflexões a partir**

OPINIÃO



A PFDC COMO CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

Paulo Thadeu Gomes da Silva
Mestre e Doutor em Direito
Subprocurador-Geral da República
PFDC-Adjunto

BREVÍSSIMA INTRODUÇÃO

A expressão guia deste breve ensaio é aquela escrita por GOETHE, em *Os anos de aprendizado de Wilhelm Meister*: o sentido amplia, mas paralisa; a ação anima, mas limita. O significado mais apropriado dessa profunda e complexa sentença goetheana é o de como que exigir que toda ação, para ser equilibrada, tem de sempre ser fruto de uma soma entre ela mesma e a teoria ou intelecto ou escuta. Isso impede a ação voluntariosa, em essência boa, mas nem sempre com resultado eficaz, assim como o mero pensar que não se desdobra em ação e, portanto, não influencia a realidade.

Escuta e ação configuram a PFDC tanto como clínica quanto como instância de escuta da sociedade e seus grupos vulneráveis.

1. A ideia de clínica de direitos humanos

Em primeiro lugar, temos de estabelecer a relação entre o tema e a ideia de humilhação. Ela pode residir no fato de que os grupos vulneráveis procuram a PFDC para falar e, portanto, serem ouvidos, a respeito da violação de seus direitos. É que a violação dos direitos desses grupos, por ação ou omissão de quem é competente para promover e defender os seus respectivos direitos fundamentais pode significar, na fenomenologia, na concretude do real, uma humilhação. Então, constitucionalmente pensando, quando há uma violação de direito fundamental manifestamente positivado na Constituição ou nos Tratados de Direitos Humanos, também há, filosoficamente pensando, na latência do que está por trás da norma, uma humilhação causada às pessoas (e não apenas indivíduos) integrantes dos grupos correspondentes.

No aprofundamento da reflexão, a fenomenológica humilhação que se expressa na jurídica violação de direito decorre de uma ausência, representada, de sua vez, pela não reflexividade dos mesmos direitos de grupos minoritários nas instituições tradicionais a deles tratar, v.g., Parlamento e Executivo. Essa ausência que gera invisibilidade tem um

significado mais profundo que, no dizer de KRENAK, tem a ver com a especialidade dos tempos atuais em criar ausências do sentido de viver em sociedade, do próprio sentido da experiência da vida⁰¹, o que gera uma intolerância enorme com relação a quem pertence aos grupos minoritários.

Em segundo lugar, temos de fazer a distinção entre humilhação e humildade. Para tanto, utilizamos aqui o livro de CHRISTOPHER M. BELITTO, *Humility: the secret history of a lost virtue*⁰². BELITTO faz uma descrição histórica sobre a compreensão da humildade desde a Antiguidade até a Contemporaneidade. Para o que interessa a este ensaio, na Alta Idade Média (110-1350) as universidades propiciaram, por meio da troca de conhecimentos referentes às tradições existentes, v.g., traduções de uma língua para outra, aquilo que se denomina de ignorância aprendida, e que não teve a intenção de se isolar em torres de marfim, prescindindo das questões práticas⁰³. Portanto, humildade para aprender e ligar teoria à prática: o *Leitmotiv* goethiano não poderia estar mais presente. Esta conclusão será retomada quando escrevermos sobre a confiança.

Humilhação é o significado, no campo do real, da violação, no campo jurídico, dos direitos humanos por ação ou omissão e, como tal, possui graus, por exemplo, a humilhação causada pela tortura é de grau maior que a causada pelo desprezo dos poderes públicos com os cidadãos que vivem nos guichês da burocracia, o que vai demandar respostas diferentes, v.g., no primeiro caso a possibilidade de mediação é mais reduzida, perfaz-se para fazer cessar a prática, mas há a necessidade de intervenção do direito penal; já no segundo, a possibilidade de mediação é mais ampla e por isso mesmo não há a necessidade de se apelar ao direito penal.

Para que possamos compreender mais profundamente esse fenômeno, devemos olhar para a forma pela qual a cidadania se concretiza no país – afinal, a procuradoria federal é a dos direitos dos cidadãos – e para a relação do tema com a dignidade humana, que, também de seu turno, possui força descritiva a demonstrar a necessidade da correspondente reflexão.

Para além da concepção tradicional que ligava a cidadania à nacionalidade, o que bem foi teorizado por Arendt no conceito de Direito a ter direitos, o tema pode ser analisado pela relação que se estabelece entre sobrecidadania e subcidadania, e que, tanto em um quanto em outro grupo há carência de cidadania: no primeiro caso pela dependência com relação ao sistema jurídico, e no segundo pela falta de acesso aos direitos fundamentais, mas ambos estão incluídos no sistema jurídico⁰⁴. O segundo grupo é o que mais

01 KRENAK, Ailton, *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, Kindle, 2019, p. 14.

02 BELITTO, Christopher M. *Humility: the secret history of a lost virtue*. Georgetown: Georgetown University Press, 2023.

03 BELITTO, Christopher M. *Humility... Op. cit.*, 2023, pp. 77-79.

04 NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. In: MOITA, Edvaldo

sofre as consequências das enormes dificuldades que o texto constitucional encontra para se realizar na realidade, de vez que a um só tempo está incluído no sistema jurídico, mas não tem acesso aos direitos e tem de cumprir com os deveres impostos pelo ordenamento jurídico. A PFDC trata dos direitos desse segundo grupo.

Para Neves, a existência da sub e da sobrecidadania cria um ambiente de implosão da Constituição, de tal modo que a declaração de direitos fundamentais passa a ter apenas uma função político-simbólica, que quanto mais forte fica, mais enfraquece a eficácia jurídico-normativa daqueles textos⁰⁵. Isso equivale a dizer que há uma relação entre cidadania e concretização dos direitos fundamentais. Na tese aqui proposta, de uma PFDC como clínica de direitos humanos que diagnostica suas violações pela escuta em um *setting* em que se manifesta a confiança, pode haver um combate à existência da subcidadania por meio de um agir e vivenciar direcionados à efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição.

O agir e o vivenciar dos grupos compostos por subcidadãos sofre a quase que completa ausência desses horizontes em suas vidas, i.e., no seu cotidiano não estão presentes as expectativas generalizadas pelos direitos fundamentais, o que se pode representar tanto pelas zonas de exclusão social das cidades quanto pelo uso diário dos dispositivos de racialidade.

Pensar dessa forma leva, inevitavelmente, à relação que se estabelece entre cidadania e dignidade humana e sua dificuldade em ser respeitada. Essa ausência dos direitos fundamentais da vida diária de pessoas que compõem o conceito de subcidadania viola tanto a dignidade substância (*matter*) quanto a dignidade orgulho (*pride*), o que incide e prejudica sua marcha e produz uma complexidade desestruturada e desestruturante, tendo em vista tanto a gama de direitos que são atingidos quanto o direito básico de não ser humilhado, portanto, direito de ser respeitado.

2. A PFDC como instância de escuta do MPF em sua relação com a sociedade

Pode soar estranho, em um primeiro momento, afirmar que funções do Ministério Público Federal (MPF) são marcadas pela escuta, e não pela ação. Todavia, uma coisa não exclui a outra, i.e., pode haver primeiro a escuta e depois a ação, a depender do tema de que se trate. Por exemplo, em temas criminais, pode haver tanto a escuta quanto apenas a leitura e, posteriormente, a ação tomada por meio de uma decisão racional ponderada sobre os fatos. Com relação aos temas cíveis se passa o mesmo, contudo, nesse campo a escuta é mais forte, faz-se mais presente na formatação jurídica das demandas que são apresentadas ao MPF, o que equivale a dizer que na área criminal a interação é menor do

(org.). *A cidadania inexistente*, vl. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2022, pp. 1-30.

05 NEVES, Marcelo. Entre subintegração... *Op. cit.*, 2022, pp. 19 e 28.

que na cível.

Nesse quadro a PFDC ocupa posição privilegiada, e isso apesar de não ser, ao menos expressamente, tratada como órgão do MPF na LC 75/93. Seu destaque na organização do MPF se justifica pelo exercício de atribuições representadas pela necessária ligação que deve manter com a sociedade, seja aquela dos movimentos sociais, seja aquela do terceiro setor. Essa ligação é construída por meio de estruturas de diálogo, portanto, comunicacionais. Na qualidade de *Ombudsperson*, a PFDC se rege pelos princípios inerentes a essa instituição, cujo poder reside na persuasão, nas propostas de modificação de conduta que formule em suas recomendações, no desenvolvimento de estratégias de proteção preventiva, na mediação que assume para encontrar soluções e em sua capacidade de denúncia pública em casos extremos (cfr. http://www.portalfio.org/acerca_de_fio/).

A comunicação empreendida pela PFDC e dirigida à sociedade constrói-se por meio da dupla diagnóstico/cura, um pouco na linha do que escreveu FOUCAULT sobre o filósofo como médico da cultura e da alma⁰⁶, e tem como objetivo conhecer as demandas sociais daqueles mais vulneráveis e que, por isso mesmo, não encontram ressonância em forma de reconhecimento de seus direitos no Parlamento. A PFDC, aqui, seria o médico ou o psicanalista da vulnerabilidade dos grupos sociais, marcados por um tremendo déficit de cidadania resultante de ações e omissões inconstitucionais. E, ainda com FOUCAULT, diagnosticar significa *“um certo olhar em profundidade, uma escuta mais fina dos sentidos melhor alertados que vão além do sensível, do audível, do visível, e que fazem surgir, finalmente, em plena luz, no corpo o mal”*⁰⁷. O corpo, aqui, é a sociedade, e o mal são os problemas nela apresentados como violações de direitos.

Os vetores que orientam essa escuta são especificados pela liberdade, igualdade e solidariedade, todos, de suas vezes, constituintes do conteúdo da dignidade humana.

2.1 Da imprescindibilidade da comunicação com os movimentos sociais

Ainda que a PFDC possa e deva agir sem ser formalmente provocada e mesmo sem ouvir os movimentos sociais, o que faz, na compreensão aqui exposta, como exceção à regra da escuta, é essa mesma escuta que se torna indispensável a uma ação mais coordenada e eficaz da PFDC, tendo em conta que é por meio da comunicação instaurada entre ela e os movimentos sociais que se terá uma ideia mais adequada dos eventos que estão a acontecer na sociedade. A ação da PFDC sem a escuta é imediata, e a com a escuta é mediata, isto é, será realizada após a conversa entre os envolvidos, tudo sob o regime da cooperação e da participação.

A função de diagnosticar os problemas sociais da cidadania, que se perfaz por meio

06 FOUCAULT, Michel. *Le discours philosophique*. Paris: Gallimard, 2023, p. 13.

07 FOUCAULT, Michel. *Le discours philosophique... Op. cit.*, 2023, p. 14.

do diálogo com a sociedade, é cumprida quando a PFDC escuta os movimentos sociais em reuniões presenciais ou híbridas, com o auxílio da tecnologia. E isso já pressupõe um alto grau de organização desses mesmos movimentos, o que é uma coisa boa. Mas o mais importante, neste breve ensaio, é tentar desvendar o que está por trás da escuta, ou seja, por qual razão se escuta a sociedade?

A resposta a essa pergunta pode encontrar consenso na ideia de que as pessoas ocupam nela, sociedade, um lugar sagrado. “*Ouvir alguém é pôr-se no lugar desse ser humano enquanto ele fala*”⁰⁸. Para WEIL, essa é uma obrigação moral, e não jurídica. Já a PFDC, quando escuta a sociedade, produz comunicação jurídica. O problema, então, é conjugar essas duas perspectivas, já que, embora o jurídico seja sistema, a moral não o é. A transformação de uma obrigação moral em jurídica, neste caso, pode se dar por meio da norma constitucional da solidariedade, desde que ela venha positivada no respectivo texto. No caso brasileiro, artigo 3º, I, da CF. Isso para a dogmática constitucional. Já para a Teoria do Direito Constitucional observa-se o fenômeno por meio da moralidade política da qual se reveste um direito humano ou fundamental, nos termos do que doutrina DWORKIN.

Do ponto de vista filosófico, que é capaz de observar o que está latente, i.e., por trás das normas constitucionais manifestamente positivadas, não há como fugir da abordagem fenomenológica, baseada fortemente em LEVINAS, para quem a filosofia primeira não é a ontologia, mas sim a fenomenologia, que deve combater a desumanização do real. A escuta proporciona a humanização do real.

A ética fenomenológica de LEVINAS fundamenta a ideia de direitos humanos e dignidade na relação com a outra pessoa que ele chama de “o Outro”. Dignidade e direitos são atributos que as pessoas têm como pessoas humanas e esses atributos se apresentam a mim no encontro concreto e imediato que ele chama de “face-a-face”. Eu, como um indivíduo eticamente motivado, encontro a mim mesmo responsável por tomar conta das necessidades do Outro previamente à consciência e escolha (razão e autonomia): teoria da responsabilidade em relação ao Outro⁰⁹.

Para LEVINAS, o fundamental reconhecimento da humanidade e dignidade do Outro é o reconhecimento de que a pessoa tem uma face. O interpessoal face-a-face constitui uma relação não de percepção ou conhecimento, mas sim de uma ética e responsabilidade. Exemplo: não matarás. Esse mandamento compreende tanto o direito negativo de não interferência na vida da pessoa, quanto a obrigação positiva de manter a vida do

08 No original: “Écouter quelqu’un, c’est se mettre à sa place pendant qu’il parle”. In WEIL, Simone. **La personne et le sacré**. Paris: Éditions Allia, 2023, p. 55.

09 Tudo conforme ATTERTON, Peter. Dignity and the Other: dignity and the phenomenological tradition, in: DÜWELL, Marcus et alii (ed.). **The Cambridge Handbook of Human Dignity**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 276-285.

Outro¹⁰, expressa na máxima: *Tu ne tuera point/Tu feras vivre le prochain*. Essa obrigação positiva, para WEIL, é o respeito.

Essas reflexões desembocam na ideia de que o aspecto humano dos direitos humanos pressupõe da parte de cada membro da família humana não apenas a razão, mas também compaixão, empatia e senso de dever¹¹.

Traduzidas essas ideias filosóficas para a dogmática constitucional, como já escrito antes, seu conteúdo é encontrado nas normas do artigo 3º, I, da CF: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Ao pensar sobre essa norma, mais uma vez saímos do campo da dogmática constitucional e buscamos o auxílio da filosofia. EDGAR MORIN, por exemplo, em um humanista opúsculo cujo título é *Fraternidade – para resistir à crueldade do mundo*¹², primeiro afirma que a lei não pode impor a fraternidade, mas depois, no mesmo escrito, menciona a lei francesa que criminalizou a solidariedade. Por esse raciocínio há a permissão para se legislar negativamente a respeito da solidariedade, por exemplo, criminalizando atos dela representativos e, de outro lado, há como que uma proibição ou impedimento para se legislar positivamente sobre ela pela simples razão de que ela deve nascer no interior das pessoas -ela deve fazer parte de nós mesmos, conforme escreve o autor-, seria, assim, um tema de legislação interior, algo como uma ética pessoal.

Morin, obviamente, não está errado, contudo, em linha de problematização é esclarecedor observar que algumas Constituições trazem positivada em seus textos normas referentes à solidariedade, v.g., a italiana, a portuguesa e a brasileira, as quais são tidas pela teoria constitucional respectiva como instituidoras de dever.

Um outro aspecto de sua reflexão se refere às fontes da fraternidade, que para ele são as fontes do sentimento que nos impulsionam na direção do outro. Aqui é impossível escapar de fazer uma ligação com o pensamento de Weil, quem, em *O enraizamento – prelúdio a uma declaração de deveres em relação ao ser humano*, absolutiza a ideia de obrigação e a ela agrega o respeito como única obrigação imposta a um ser humano que possui um destino eterno.

Os três pensamentos aqui brevemente descritos encontram um ponto em comum, que é a ideia de obrigação ou dever. Dever como elemento constitutivo do que é humano na expressão “direito humano”, dever como obrigação de não só não matar o outro, mas também de fazer o outro viver, dever de uma pessoa em direção à outra, dever de escutar a outra, dever de solidariedade, norma moral que se transmuta em norma jurídico-cons-

10 Idem, p. 278.

11 Idem, p. 180.

12 MORIN, Edgard. *Fraternidade – para resistir à crueldade do mundo*. São Paulo: Palas Athena, 2019.

titucional.

2.2 Confiança

E como a PFDC pode ajudar na construção de uma sociedade mais solidária?

Conforme já escrito acima, a PFDC se desincumbe de suas atribuições de ofício ou provocada e, em ambos os casos, pode ou não haver a escuta prévia dos interessados, em geral, movimento social organizado, ainda que a sociedade não integre propriamente o órgão – a única Instituição no Brasil em que a sociedade faz parte de sua composição é o Conselho Nacional de Direitos Humanos –, o que se faz, de forma mais eficaz, por meio de fóruns, antes do que grupos de trabalho. Esses fóruns, permanentes, são instâncias de observação, discussão e deliberação das ações a serem empreendidas com relação a determinados temas de direitos humanos.

Nessa forma de agir vem embutida a ideia de construção da confiança, que é suscetível a um incremento ou a um declínio, tudo a depender do funcionamento do regime político do momento, vale dizer, se a democracia é funcional ou não – para LUHMANN, *a democracia no sistema político é pré-condição da positividade do Direito*¹³. Se funcional há um aumento da confiança entre a sociedade civil representada pelos movimentos sociais e a PFDC, instituição consolidada do Estado brasileiro, exatamente porque há um ambiente saudável de civilidade em que todos podem expressar suas opiniões e expectativas sem medo de censura ou perseguição, em uma espécie de terapia social na qual os atores agem sem indícios de manipulação daquilo que é conversado.

O incremento do nível de confiança é necessário para que haja a redução da complexidade social e, mesmo, como condição de possibilidade da própria ordem social. Para que isso aconteça o encontro entre esses atores necessita ser regido pela sinceridade constitucional presente nos diálogos a serem travados entre eles, o que quer dizer que nessa comunicação tem de se manifestar, necessariamente, o humano dos direitos humanos.

A sinceridade constitucional de que aqui se trata guarda semelhança com um dos elementos da justiça, a pluralidade subjetiva, que, ao lado do *plateau* igualitário e da normatividade, preenche de sentido o vocábulo. É que a subjetividade como elemento da justiça significa poder fazer o que se deve, algo como derivado do elemento deontico, que deve estar presente tanto nos diálogos entre partes privadas quanto nos diálogos entre a sociedade e as instituições do Estado. Mais uma vez a noção de dever vem à mente.

Essas condições devem estar presentes no processo de busca da sociedade pelo diálogo com a instituição PFDC, caminho esse pautado por aos menos dois requisitos: a) a familiaridade; b) o aprendizado.

Com relação à familiaridade, o primeiro estágio da confiança é mesmo a famí-

13 LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 1999, p. 148.

lia, sede onde se desenvolvem sentimentos (= atitudes orientadas particularisticamente, qualitativamente, difusamente), especialmente das crianças em relação aos adultos. Já no nível da relação entre a sociedade e a PFDC, haverá condição de possibilidade de diálogo desde que a instituição se mostre familiar aos grupos que a procuram, i.e., que a instituição demonstre por meio de teoria e prática – afinal, segundo Heine, o pensamento precede o fato, assim como o relâmpago o trovão – que caminha na mesma direção que os coletivos que buscam o diálogo – confia-se no familiar antes que no desconhecido. Só assim poderá surgir a confiança, o que exige, conforme escrito acima, uma funcionalidade da democracia, desde que se pense, acertadamente, que há uma relação de dependência entre democracia e direitos humanos.

Já o aprendizado, retomando também aqui o que já foi escrito, significa que a instituição PFDC deve agir com humildade, ou seja, por meio de uma ignorância aprendida, sempre aberta a escutar e aprender com os grupos vulnerabilizados, por meio de sensibilizações referentes a temas de novas pautas de reconhecimento. O aprendizado, à semelhança do ambiente familiar, também tem sua origem na família, em que a própria criança estabelece diferença entre o Eu e o Você e se prepara para estabelecer relações de, por exemplo, amor e amizade. Por isso mesmo o aprendizado é um dos componentes da relação de confiança¹⁴, e que gera a estabilização de expectativas (por parte dos grupos vulnerabilizados ao verem seus direitos ser respeitados e reparados; por parte da PFDC de se ver acreditada como instituição que promove e protege direitos humanos)¹⁵.

CONCLUSÃO

A PFDC, como *Ombudsperson*, incorpora o agir e o vivenciar das violações de direitos fundamentais dos grupos minoritários, e o faz por meio do deferimento de atribuições constitucionais, legais e internacionais. Seus recursos internos, dos quais a escuta dos movimentos sociais, seja em grupos de trabalho seja em fóruns temáticos, permitem construir uma relação de confiança entre ela e a sociedade, imprescindível que é à mediação dos problemas que se apresentam e ao encaminhamento adequado das soluções.

No exercício de suas atribuições, ao funcionar como uma espécie de instituição terapeuta social, diagnostica as humilhações vividas pelas pessoas vulneráveis e dá tratos, por meio da persuasão e mesmo de reparação judicial, às situações representativas de violações de direitos fundamentais. Promove e defende, dessa maneira, a dignidade humana, ao colocar a pessoa no centro de suas preocupações institucionais.

14 LUHMANN, Niklas, *Vertrauen*. München: UVK Verlagsgesellschaft, Kindle, 2014, p. 37.

15 Cfr. LUHMANN: “Em outras palavras, a confiança se faz possível e fácil pelo fato de que o sistema que confia tem recursos internos disponíveis, que não estão limitados estruturalmente e que no caso de uma desilusão da confiança podem se pôr em ação e assumir a carga da redução de complexidade e a solução dos problemas” (LUHMANN, Niklas. *Vertrauen... Op. cit.*, 2014, p. 37-38) – tradução minha.

REFERÊNCIAS

- ATTERTON, Peter. Dignity and the Other: dignity and the phenomenological tradition, in: DÜWELL, Marcus et alii (ed.). **The Cambridge Handbook of Human Dignity**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 276-285.
- BELITTO, Christopher M. **Humility: the secret history of a lost virtue**. Georgetown: Georgetown University Press, 2023.
- FOUCAULT, Michel. **Le discours philosophique**. Paris: Gallimard, 2023.
- KRENAK, Ailton, **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, Kindle, 2019.
- LUHMANN, Niklas. **Ausdifferenzierung des Rechts**. Frankfurt: Suhrkamp, 1999.
- LUHMANN, Niklas, **Vertrauen**. München: UVK Verlagsgesellschaft, Kindle, 2014.
- MORIN, Edgard. **Fraternidade – para resistir à crueldade do mundo**. São Paulo: Palas Athena, 2019.
- NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. In: MOITA, Edvaldo (org.). **A cidadania inexistente**, vl. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2022, pp. 1-30.
- WEIL, Simone. **La personne et le sacré**. Paris: Éditions Allia, 2023.

ENSAIOS

|||||

VULNERAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DO DIREITO ANALÓGICO ÀS RELAÇÕES DIGITAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO DO ELEMENTO NOMINATIVO DE MARCA ALHEIA NAS FERRAMENTAS DE BUSCA

Saulo Stefanone Alle

Doutor em Direito Internacional pela FDUSP

Mestre em Direito Internacional pela FDUSP

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie

Advogado e professor

INTRODUÇÃO

A *internet* potencializa as relações sociais, aproxima pessoas, amplia o alcance, a velocidade, a assertividade e a intensidade das mensagens. O poder tecnológico promove os valores jurídicos com grande força e, em contrapartida, os expõe à violação com a mesma intensidade.

É “*mais fácil notar os impactos negativos e positivos da tecnologia digital no direito à liberdade de informação e de expressão*”⁰¹, mas os efeitos ocorrem também em outros campos, com destaque para o comércio digital. Em qualquer dos campos é de se reconhecer que *os direitos mais expostos à violação em ambiente virtual são os direitos psíquicos e morais da personalidade*⁰², mas os direitos difusos, como o de acesso à informação confiável e à proteção do consumidor também estão especialmente expostos.

Fornecedores beneficiam-se do alcance das mensagens e da ciência de dados, e são capazes de uma assertividade antes impensável: o processo de venda é tecnológico e eficiente, aprofundando a hipossuficiência do consumidor. Por isso, o comércio digital também exige uma regulação adequada que, enquanto não desenvolvida, precisa ser suprida por cuidadosa adaptação do direito analógico pelos tribunais com vistas a proteger o

01 RAMOS, André de Carvalho; BUCCI, Daniela. Globalização digital e desenvolvimento: regulação e jurisdição para proteção de direitos. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 33, 2023.

02 BITTAR, Eduardo C. B.; SARLET, Gabrielle B. Sales; SARLET, Ingo Wolfgang. Inteligência Artificial, Proteção de Dados Pessoais e Responsabilidade na Era Digital [recurso eletrônico]. São Paulo: Expressa Jur, 2022. (Coleção Direito, Tecnologia, Inovação e Proteção de Dados num Mundo em Transformação), p. 7.

conjunto completo de valores constitucionais em ponderação adequada.

Diante das diversas preocupações com os impactos da internet na ordem social, jurídica e econômica, o presente trabalho propõe atenção a um risco: a vulneração de princípios constitucionais pela aplicação irrefletida das normas analógicas à peculiar realidade digital. Nesse contexto, um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 2096417 – SP, que trata da *compra de termos de busca que integram a marca de concorrente para direcionamento a links patrocinados*, oferece um caso rico.

Com todo o mérito pelo zelo evidenciado no julgamento, e pela contribuição que traz para amadurecimento do tema, o caso paradigma permite aprofundamento nas reflexões objeto deste trabalho. O caso envolve uma ferramenta digital complexa, em constante atualização, que estabelece uma dinâmica social que permite interpretações variadas, com diferentes demandas de aplicação do direito, sob o risco de grave vulneração e comprometimento de valores constitucionais.

1. Compreensão do caso julgado no Recurso Especial nº 2096417 – SP: a utilização de elemento nominativo de marca alheia como palavra-chave para direcionar o consumidor do produto ou serviço para o link de seu concorrente.

As plataformas de internet têm importante receita decorrente de serviços de publicidade identificados normalmente pela expressão “Ads” – abreviação do termo inglês “*advertisement*” (ou “publicidade”, em português). Nesse contexto, pode-se comprar palavras-chave para direcionamento de publicidade em buscadores da internet, e funciona assim: quando o usuário da internet, consumidor, digita, na ferramenta de buscas, uma determinada palavra-chave “adquirida” por um anunciante, a ferramenta apresentará como resultado “patrocinado”, em primeiro lugar, o link do anunciante que pagou maior valor pela respectiva palavra-chave. O mecanismo costuma envolver uma espécie de leilão.

Vale lembrar que a ferramenta apresenta dois tipos de resultados: o orgânico, determinado pela relevância na rede, e apresentados mais abaixo, e o patrocinado, determinado pelo valor pago pela respectiva palavra-chave, com maior destaque.

Por isso, elementos nominativos de marcas conhecidas passaram a ser disputados como palavras-chave por outros concorrentes para apresentar alternativas ao consumidor. Isso gerou um conflito entre detentores dessas marcas e buscadores e concorrente acusados de concorrência desleal com uso indevido de marca alheia.

A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça que, no Recurso Especial nº 2096417 – SP, em fevereiro de 2024, sedimentou o entendimento de que a prática é contrária ao direito. Os trechos mais relevantes para a presente análise são os seguintes⁹⁷:

“7. Nessa linha de inteligência, entende-se que, embora a legislação atual não regule especi-

03 STJ, Terceira Turma, REsp 2096417 / SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 20/02/2024, Data da Publicação DJe 07/03/2024.

ficamente o mercado de links patrocinados, a utilização de marca como palavra-chave para direcionar o consumidor do produto ou serviço para o link de seu concorrente configura-se como meio fraudulento para desvio de clientela, porquanto permite a concorrência parasitária e a confusão do consumidor (...)

10. Na hipótese de links patrocinados, a confusão ocorre, pois o consumidor possui a expectativa de que o provedor de pesquisa apresentará nas primeiras sugestões o link da marca que procura, o que o leva a acessar o primeiro anúncio que aparece. Tratando-se de pessoa mediana, que não esteja muito atenta aos detalhes do site, considerando a vulnerabilidade acentuada sofrida pelos consumidores do meio digital, existe a confusão e o desvio de clientela.(...)

A premissa fática da decisão⁰⁴ é que o “*consumidor possui a expectativa de que o provedor de pesquisa apresentará nas primeiras sugestões o link da marca que procura, o que o leva a acessar o primeiro anúncio que aparece*”. Nessa linha, a decisão se fundamenta na presunção de que o consumidor será enganado pela apresentação conjunta de alternativas quando já tem uma suposta convicção do que deseja, vulnerando sua proteção constitucional e a própria concorrência.

2. Proteção à concorrência e ao consumidor: direito de escolha e alternativas.

A decisão mira um aspecto parcial da proteção ao consumidor, valor jurídico fundamental para a ordem econômica (Constituição Federal, art.170): garantir o exercício da escolha do consumidor, evitando que a apresentação de alternativas com destaque possa levá-lo a confundir-se. Entretanto, na mesma linha de SALOMÃO FILHO⁰⁵, é a possibilidade de efetiva escolha, com disponibilidade de alternativas, que deve ter guarida no direito concorrencial. Em suas palavras⁰⁶:

(...) a possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado e que deve ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado. É aí que o Estado deve intervir, garantindo a primeira e não o segundo.

A proteção apenas ao mercado ou intensa e ampla à marca não promove, por si, o direito de escolha do consumidor. Na peculiaridade do ambiente digital, a ponderação de valores deve ser acomodada de maneira a não frustrar nem a segurança do consumidor, nem a do titular da marca, mas em consonância com a garantia de exposição de alternativas ao consumidor.

Novamente, convém citar SALOMÃO FILHO⁰⁷

“Só um sistema econômico baseado em alternativas é sensível à variação nos gostos do consumidor e pode transformar-se em função dessas mudanças. Só a existência de acesso à escolha é capaz de suprir o enorme vazio informativo proporcionado pelo mercado.”

A proibição de exibição de anúncios patrocinados de concorrentes, associados à

04 STJ, Terceira Turma, REsp 2096417 / SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 20/02/2024, Data da Publicação DJe 07/03/2024.

05 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 67.

06 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial...Op. cit.** 2021, p.76.

07 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial...Op. cit.** 2021, p.76.

busca por uma marca determinada, diante do poder da internet, tem elevado potencial de promover uma tendência hegemônica. A restrição à exibição de resultados diversos em uma pesquisa tende a reforçar a relevância da marca prevalente, tornando mais difícil o acesso ao mercado de novos ofertantes.

O efeito da decisão restritiva, para a livre concorrência e para o próprio interesse do consumidor, portanto, pode ser contrária à esperada proteção do sistema e do consumidor. De fato, a mera identificação do risco desse efeito adverso, de uma indevida extensão à proteção marcária no ambiente digital, já recomenda reflexão.

Esse paradoxo evidencia, de maneira marcante, o desafio que a interpretação das relações sociais em ambiente digital representa para a adequada efetividade do direito e promoção dos bens jurídicos, seja por uma regulação adequada ou, enquanto não houver, pela cuidadosa e aprofundada análise dos efeitos da aplicação da norma analógica na esfera de valores constitucionais. Essa relação entre a regulação, a interpretação dos fatos digitais e a aplicação do direito é retratada por VAN AAKEN⁰⁸, que ressalta a necessidade de se levar em consideração as realidades econômicas:

“(...) a arquitetura regulatória do comércio digital está evoluindo de forma relativamente lenta e precisa ser construída com uma base sólida, levando em consideração as realidades econômicas, bem como as diretrizes normativas — incluindo especialmente os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU — para realizar todo o potencial do comércio digital, ao mesmo tempo em que mitiga seus perigos.”⁰⁹

3. Uma outra perspectiva (decisão) sobre o caso.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) já analisou casos semelhantes e sedimentou seu entendimento no mesmo sentido da decisão do Recurso Especial nº2096417 – SP. O Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJ-SP elaborou um enunciado sobre o assunto:

Enunciado XVII – Caracteriza ato de concorrência desleal a utilização de elemento nominativo de marca registrada alheia, nome empresarial ou título do estabelecimento, dotado de suficiente distintividade e no mesmo ramo de atividade, como vocábulo de busca à divulgação de anúncios contratados junto a provedores de pesquisa na internet. (redação alterada na sessão de 12.12.2023).

Apesar disso, o assunto voltou a ser analisado sob outro ponto de vista, em primeiro grau, e com fundamentos muito interessantes e consistentes. Algumas sentenças têm reconhecido que a associação de palavras-chave não tem por fim gerar confusão, nem se apoderar da identidade visual ou de produto do concorrente, mas apenas buscam atrair a atenção do consumidor potencialmente interessado, oferecendo uma alternativa. A opção,

08 VAN AAKEN, Anne. Introduction to the Symposium on Digital Trade. *AJIL Unbound*, v. 117, p. 94-98, 2023. doi:10.1017/aju.2023.13, p. 95.

09 “However, the regulatory architecture of digital trade is evolving fairly slowly, and it needs to be built on a solid basis, taking into account economic realities as well as normative guidelines—including especially the UN Sustainable Development Goals (SDGs)—to realize the full potential of digital trade while mitigating its dangers.”

aqui, é pela interpretação estrita à proteção marcária, prestigiando o equilíbrio dos demais princípios envolvidos, no contexto da realidade imposta pelo ambiente digital.

Não haveria nem deslealdade, já que o anúncio é identificado como tal, nem apropriação da marca de terceiro. Em uma de suas sentenças, proferida no processo nº 1004133-55.2020.8.26.0006, o juiz Luís Felipe Ferrari Bedendi, do Tribunal de Justiça de São Paulo, faz referência ao posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Segundo ele:

(...) a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia é pela inexistência de violação à marca, quando não se verifique ataque a suas funções, bem como ausência de concorrência desleal se o consumidor puder distinguir que o anúncio não tem qualquer referência com o titular da marca.

Neste julgado, também contribuindo para amadurecimento do tema, a decisão ateu-se a uma interpretação mais estrita dos direitos marcários, com o mérito de destacar de maneira mais evidente a relação com o amplo conjunto de valores constitucionais impactados diretamente, na particularidade do ambiente eletrônico.

4. Leituras possíveis da mesma realidade e evolução tecnológica.

A tendência espontânea é o estabelecimento de paralelos entre a realidade digital e a analógica, para a construção dos juízos. Entretanto, os detalhes da dinâmica tecnológica, com algoritmos que não replicam as relações causais naturais, exigem um nível de acurácia maior do julgador, assim como do regulador.

A avaliação de diversos cenários é um exercício útil, nesse contexto, porque permite perceber e analisar mais variáveis, detalhes, possibilidades, práticas socialmente aceitas, diversas perspectivas e abordagens, além de problemas, riscos, consequências adversas e práticas não aceitas socialmente.

Um exemplo de cenário alternativo de comparação, comum nas relações comerciais anteriores à era digital, mas ainda possível, é a disputa dos fabricantes por posicionamento mais nobre nas gondolas dos supermercados. O consumidor, mesmo tendo ideia prévia do que pretende comprar ao chegar à gôndola, era (e ainda é) exposto a similares de outras marcas, e a novas opções. Os produtos colocados na prateleira à altura dos olhos sempre tiveram reconhecida vantagem — daí o interesse das marcas de serem expostas aí, e sua disposição de pagar o “preço” por esse privilégio.

Essa figura hipotética é útil para a reflexão sobre a normalidade das relações comerciais em que um consumidor é naturalmente exposto a ofertas de concorrentes, quando procura por uma marca específica. É claro que as dinâmicas das relações analógica e digital devem — como é defendido neste trabalho — ser analisadas em suas peculiaridades, e com atenção à otimização dos princípios relacionados, mas a análise de mais este cenário hipotético permite enriquecer a análise da relação digital específica.

Para além disso, é preciso considerar a evolução tecnológica e transformadora do

funcionamento dessas ferramentas. Nesse sentido, embora em sua concepção inicial as ferramentas de busca estivessem pautadas pela identificação pura de palavras-chave, a tecnologia tem permitido um nível de sofisticação crescente que, atualmente, realiza operações de inferência e interpretação de intenções.

A reconhecida revista especializada *Meio & Mensagem* detalha um marco importante da evolução do sistema de busca mais popular no Brasil: (em 2013), “*a versão Hummingbird foi lançada para aprimorar as experiências do usuário. O foco era a intenção de busca e não o termo exato que era digitado no buscador.*” Essa tecnologia já foi superada, e o Google passou a utilizar um modelo de representação de linguagem chamado BERT, que significa Bidirectional Encoder Representations from Transformers, capaz de realizar inferências de linguagem. A última atualização oferece o MUM, Multitask Unified Model, que é assim apresentado:¹⁰

Os mecanismos de busca de hoje não são sofisticados o suficiente para responder da maneira que um especialista faria. Mas com uma nova tecnologia chamada Multitask Unified Model, ou MUM, estamos chegando mais perto de ajudar você com esses tipos de necessidades complexas. Então, no futuro, você precisará de menos buscas para fazer as coisas.

Portanto, a tecnologia, em seu atual estágio de evolução, procura emular um especialista atendendo às solicitações de um usuário. Refletido no caso do julgado em análise, pode-se imaginar o cenário em que um vendedor (o buscador de internet), ao ser consultado sobre o interesse de um consumidor em comprar uma determinada marca de sabonete predefinida, oferece alternativas ao consumidor estimulado pela comissão maior ofertada pelo fabricante respectivo. Esse exercício altera os juízos possíveis sobre o reconhecimento da conformidade com o direito, ou da aceitação social, e determina uma específica ponderação de valores constitucional para sua validação.

Antes de concluir, contudo, convém mencionar que os sistemas de compra de anúncios em ferramentas de busca já permitem a contração sob o modelo de “Correspondência Ampla” - à vista da disponibilidade das tecnologias acima relatadas. Nesse padrão, segundo explica o GOOGLE no texto “*Correspondência ampla: definição*”:¹¹

Com um tipo de correspondência de palavra-chave, seu anúncio é exibido em pesquisas relacionadas ao significado da palavra-chave, o que inclui buscas que não contêm os termos dela. Com isso, você pode alcançar mais pesquisas do que com as correspondências exatas e de frase.

(...) Por exemplo, digamos que você tenha a palavra-chave de correspondência ampla “reparo de janelas de carro”. Essa palavra-chave pode alcançar pesquisas como “substituição de vidros de automóveis”, mesmo que não inclua as palavras exatas da sua palavra-chave, porque elas estão relacionadas à consulta.

Portanto, a sofisticação dos sistemas e do funcionamento dos mecanismos tecnológicos, na internet, exige um aprofundamento cuidadoso do julgador, antes da aplicação da

10 Disponível em: <https://blog.google/products/search/introducing-mum/>. Publicado em: 18 maio 2021. Acesso em: 24 out. 2024.

11 Disponível em: <https://support.google.com/google-ads/answer/2407779?hl=pt-BR>. Acesso em: 24 out. 2024.

norma analógica, com vistas a compreender devidamente os riscos a que os valores constitucionais relacionados estão submetidos, como consequência da decisão. A velocidade das transformações e a complexidade da tecnologia constituem, sem dúvida, um desafio enorme e muito dinâmico.

CONCLUSÃO

Diante da falta de regulação específica para as relações estabelecidas na internet, o Poder Judiciário não pode deixar de aprofundar-se na compreensão da dinâmica das relações digitais. Do contrário, a aplicação do direito a partir da simples e presumida experiência comum, da observação do que ordinariamente acontece no mundo analógico, físico, natural, pode levar à neutralização completa de valores constitucionais relevantes.

O vocacionado professor BITTAR et alii¹² sintetiza bem essa preocupação ao apontar que a inovação tecnológica estabelece um desequilíbrio nas relações de poder social que *“pode vulnerar a cultura dos direitos – seja por sua desatualização, seja por sua inadequação –, culminando na inoperância dos instrumentos jurídicos a disposição da proteção humana”*.

O desafio é, sem dúvida, muito grande e torna apropriada a menção a uma reflexão proposta por CASELLA¹³ que, embora elaborada em outro contexto, se aplica perfeitamente a este: *Não abramos mão de continuar pensando e mantendo a nossa dignidade. Como escreveu GOETHE, o homem sabe que nunca poderá atingir a perfeição, mas a dignidade do homem está em nunca desistir de continuar tentando.*

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B.; SARLET, Gabrielle B. Sales; SARLET, Ingo Wolfgang. Inteligência Artificial, Proteção de Dados Pessoais e Responsabilidade na Era Digital [recurso eletrônico]. São Paulo: Expressa Jur, 2022. (**Coleção Direito, Tecnologia, Inovação e Proteção de Dados num Mundo em Transformação**).

BRASIL. STJ, Terceira Turma, REsp 2096417 / SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 20/02/2024, Data da Publicação DJe 07/03/2024

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOOGLE. Correspondência ampla: definição. Disponível em: <https://support.google.com/google-ads/answer/2407779?hl=pt-BR>. Acesso em: 24 out. 2024.

GOOGLE.MUM: Um novo marco da IA para a compreensão de informações. Disponível em: <https://blog.google/products/search/introducing-mum/>. Publicado em: 18 maio

12 BITTAR, Eduardo C. B.; SARLET, Gabrielle B. Sales; SARLET, Ingo Wolfgang. Inteligência Artificial... *Op. cit.*, 2022, p.3.

13 CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Atlas, 2008, p.1181.

2021. Acesso em: 24 out. 2024.

GOOGLE.BERT: Pré-treinamento de Transformadores Bidirecionais Profundos para Compreensão da Linguagem. Disponível em: <https://research.google/pubs/bert-pre-training-of-deep-bidirectional-transformers-for-language-understanding/>. Publicado em: 2019. Acesso em: 24 out. 2024.

MEIO & MENSAGEM.O que é SEO e quais vantagens essa estratégia pode trazer para as marcas. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/proxima/pxx-noticias/o-que-e-seo>. Acesso em: 24 out. 2024.

RAMOS, André de Carvalho; BUCCI, Daniela.Globalização digital e desenvolvimento: regulação e jurisdição para proteção de direitos. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 33, 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto.**Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SÃO PAULO (Estado).Tribunal de Justiça. Sentença proferida no processo nº 1004133-55.2020.8.26.0006, pelo juiz Luís Felipe Ferrari Bedendi, em 4 de outubro de 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Acórdão do processo C-323/09, Interflora Inc. e Interflora British Unit contra Marks & Spencer plc e Flowers Direct Online Ltd. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX%3A-62009CJ0323&qid=1659056420051>. Acesso em: 24 out. 2024.

VAN AAKEN, Anne.Introduction to the Symposium on Digital Trade. **AJIL Unbound**, v. 117, p. 94-98, 2023. doi:10.1017/aju.2023.13.

A PEC DO ABORTO: O ABORTO LEGAL POR UM FIO - UMBILICAL

Daniela Bucci

Doutora e Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo; Integrante do Programa de Pós-Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professora Titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP – Alfa Educação). Professora Titular de Direitos Humanos e Direito Constitucional da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS). Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos da região do grande ABC. Bolsista FUNADESP.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar se as hipóteses de aborto legal admitidas no Brasil poderão ser proibidas por emenda constitucional, tendo em vista os princípios que regem o texto da Constituição Federal de 1988 (CF) e a proteção das cláusulas pétreas e convenções internacionais dos quais o Brasil é parte, notadamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Em muitos países, o aborto nos últimos anos tem sido debatido e recentemente criminalizado ou recriminalizado, mesmo após anos ou décadas de permissão aplicada amplamente na sociedade. As razões pelas quais as sociedades têm restringido as hipóteses de aborto são diversas e complexas, tanto quanto o próprio tema.

Será que há um impedimento para que o Congresso Nacional edite uma lei ou uma emenda à constituição que proíba o aborto? Certamente, não! A casa legislativa é o ambiente adequado para que situações como essa sejam reguladas e que possam atender as demandas da sociedade.

Cabe-nos compreender se, no Brasil, no entanto, sob o ponto de vista jurídico, a criminalização total do aborto poderia ser objeto de Emenda Constitucional, suprimindo as hipóteses legais atualmente em vigor.

Para analisar o tema, inicialmente, será apresentada a proposta de emenda constitucional abordando, inclusive, casos similares recentemente aprovados pela casa legislativa brasileira. Em seguida, serão analisados os parâmetros normativos e jurisprudenciais já existentes no Brasil e que podem nortear o debate para, por fim, analisarmos a

questão sob o prisma constitucional, com relação aos princípios constitucionais e cláusulas protetivas de direitos, tendo como objetivo traçar uma resposta adequada à celeuma.

1. A proposta de emenda constitucional: o aborto legal por um fio

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 164/2012, denominada “PEC do Aborto”, traz uma nova redação ao caput do artigo 5º da CF. Insere-se no texto original a expressão “desde a concepção”, passando a dispor que: *“Todos são iguais perante a lei [...] garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção [...]”*

A justificativa apresentada na PEC afirma que *“a inviolabilidade do direito à vida não pode excluir o momento do início da vida”* que *“não se inicia com o nascimento e sim com a concepção”*. Nesse sentido, discute-se se as hipóteses de aborto previstas atualmente poderiam ser afetadas, já que a inviolabilidade do direito à vida do feto estaria garantida desde a concepção.

Atualmente, no Brasil, existem três hipóteses de aborto: i) duas hipóteses legais, previstas no Código Penal brasileiro e ii) outra permitida na ADPF 54, nos casos de anencefalia do feto.

Conforme o *Center for Reproductive Rights*, 21 países do globo proíbem o aborto em quaisquer circunstâncias. Em 77 países o aborto é possível a pedido da gestante. Há países, como é o caso do Brasil e mais outros 43, em que a lei permite o aborto somente quando a vida da mulher está em risco. Essas restrições ao aborto são vistas em países como o Irã e Uganda, por exemplo. Os países que autorizam o aborto para salvaguardar a saúde da mulher, normalmente, considera sua saúde física, apenas. No Brasil, não há uma previsão legal expressa para garantir a proteção à saúde mais ampla da mulher. No entanto, a saúde psíquica e física tem sido protegida nos casos de anencefalia⁰¹ e estupro.⁰²

Na toada de deixar ainda mais rígida as leis de aborto, a Câmara em junho do ano corrente aprovou o projeto nº 1904/2024 que altera o Código Penal brasileiro e equipara a pena para o aborto de gestação acima de 22 semanas à de homicídio – 20 anos de reclusão, quando houver viabilidade fetal⁰³.

2. Os parâmetros normativos e jurisprudenciais do direito à vida e sua natureza polié-

01 “A anencefalia é uma dentre tantas outras más-formações do encéfalo, e, além disso, a probabilidade de nascimento com vida e de vida extrauterina varia conforme a espécie de má-formação verificada e o grau desta, sendo certo que no caso específico da anencefalia estritamente definida, o feto tem uma sobrevida muito limitada” (BUCCI, Daniela. *Dimensões jurídicas da proteção da vida e o aborto do feto anencéfalo*. 1. ed. Curitiba: Clássica Editora, 2014).

02 Vide mapa completo. Disponível em: <https://reproductiverights.org/maps/the-worlds-abortion-laws-spanish/>. Acesso em: 02 dez. 2024.

03 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2434493>. Acesso em 02 dez. 2024.

drica

Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a proteção da vida também está garantida nos tratados regionais: pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). O artigo 4º da CADH⁰⁴ garante o respeito à vida. No referido artigo, a CADH estabelece que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida, estando protegido, em geral, desde o momento da concepção”.

Já no plano nacional, a inviolabilidade do direito à vida está prevista no caput do artigo 5º da Constituição Federal (CF), elencando-o como um direito fundamental, dentre os direitos individuais e coletivos, mas outros dispositivos da Constituição Federal também o fazem – quando tutelam o direito à saúde (artigos 194 e 196), por exemplo. A CF tutela ainda o direito de subsistência (artigo 7º) e a sadia qualidade de vida (artigo 225). A Constituição garante também a integridade física e psíquica do indivíduo ao vedar a prática de tortura e o tratamento degradante (artigo 5º, III).

No âmbito civil, o direito do nascituro está garantido desde a concepção (artigo 2º, Código Civil). Na esfera penal, a vida também está garantida, conforme disposto no artigo 121 do Código Penal, que proíbe o homicídio. Destacam-se ainda o artigo 123 do Código Penal, que trata do infanticídio e os artigos 124 a 128, que versam especificamente sobre aborto.

Podem ser inferidos do texto constitucional dois sentidos atribuídos ao direito à vida: i) direito à própria existência, e ii) direito à vida sob o prisma do mínimo existencial ou vida digna, como defende ALEXANDRE DE MORAES⁰⁵. No primeiro sentido, o direito à vida estaria ligado à “própria existência”, isto é, “à não interrupção dos processos humanos vitais, seja por terceiros, seja pelo Estado. É o direito de estar e continuar vivo até que o processo vital se encerre espontaneamente”⁰⁶. Todavia, nem mesmo o direito à vida é absoluto, conforme a constituição brasileira, ao prever, por exemplo, a pena de morte no artigo 5º, XLVII, a.⁰⁷

04 Artigo 4 da CADH *in verbis*: “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. [...]” Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 28 nov. 2024

05 Afirma o autor que a Constituição Federal assegura o direito à vida em sua dupla acepção: “sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência” (MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021).

06 BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...** *Op. cit.*, 2014.

07 André Ramos Tavares, no mesmo sentido, afirma que a “necessidade de coerência, de unidade [...] a interpretação constitucional haverá de ser consciente de que nenhum direito, nenhuma garantia, nenhuma liberdade poderá ser tomada como absoluta” (TAVARES, André Ramos. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter

Em geral, a vida estaria protegida desde a concepção e se encerraria observando o conceito de morte encefálica (a lei estabelece parâmetros para a morte jurídica do indivíduo, conforme Lei no. 9434/97), tendo em vista que “ao estabelecer o momento em que a vida termina através do critério legal de morte encefálica, inadvertidamente, o legislador acabou criando o potencial de se importar este critério à discussão do aborto”⁰⁸, já que “analogamente, é possível entender-se que o início da vida dar-se-ia apenas a partir do funcionamento cerebral regular, já que o inverso determina o fim da vida”⁰⁹.

Já com relação ao segundo sentido de mínimo existencial ou vida digna¹⁰, ALEXANDRE DE MORAES afirma que o direito à vida “deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais”¹¹, criando uma dupla obrigação ao Estado: uma de cuidado e outra de concretização, de modo que, “sob essa perspectiva, o direito à vida está relacionado a um conceito de vida digna: não basta estar vivo – é preciso um mínimo existencial para que a vida do indivíduo possa ser considerada digna de existir”¹².

Conforme FERNANDO REY MARTÍNEZ, há um interesse da sociedade em proteger a vida, já que, além de um bem individual, a vida abarcaria também um componente coletivo, tendo em vista a relevância que ela tem para cada indivíduo¹³. Assim, não se trata de um direito meramente subjetivo, de modo que “a vida deva ser protegida independentemente da vontade de seu titular”¹⁴, pertencendo o direito à vida ao núcleo duro dos

Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007).

08 BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...** *Op. cit.*, 2014.

09 BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...** *Op. cit.*, 2014.

10 Para José Afonso da Silva o termo “consustancia aspectos generosos de natureza material e moral” e poderia justificar o desligamento de equipamentos médico-hospitalares de alguém que estivesse vivendo artificialmente, a prática da eutanásia, e, até mesmo, poderia vir a justificar a eliminação de um portador de deficiência “se viesse a concluir que não teria uma existência humana digna” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed, rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005).

11 Cf. MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Nesse sentido, “além da proteção da existência física, o direito à vida abrange a pretensão a certa qualidade de vida, excluindo ações e omissões do Estado que agridam a dignidade humana e privem a pessoa do acesso aos meios de subsistência, isto é, da reprodução adequada da própria vida (alimentação, vestuário, moradia, atendimento médico etc)” (DIMOULIS, Dimitri. Vida (Direito à). In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Róbério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007).

12 BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...** *Op. cit.*, 2014. Vide Carvalho Ramos ao analisar a necessidade de se dividir a proteção da vida em uma dimensão vertical e uma dimensão horizontal (CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009).

13 REY MARTÍNEZ, Fernando. *Eutanasia y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008.

14 BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...** *Op. cit.*, 2014.

direitos fundamentais, embora não absoluto¹⁵.

No entanto, não seria legítimo que um estado tivesse interesse de preservar a vida¹⁶ de seus cidadãos todo o tempo e sob todas as circunstâncias¹⁷, de forma que outros direitos fundamentais também precisam ser considerados quando entrarem em conflito com o direito à vida¹⁸.

No Brasil, podemos tomar como exemplo de como a vida humana pode não ser absoluta, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI¹⁹) 3510 sobre as células-tronco, e também a exceção legal do aborto em decorrência de estupro, prevista no artigo 128, II, do Código Penal Brasileiro. Além disso, destaca-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) sobre a descriminalização do aborto de feto anencéfalo, que trata da relativização da proteção do direito à vida para a proteção de outros direitos, reconhecendo uma graduação de proteção ao feto.

Nestes casos, resta evidente que, *“diante do direito à saúde ou da incolumidade física e moral da mulher, e, ainda, da liberdade sexual da mulher, o direito à vida nem sempre prevalece em nosso ordenamento jurídico”*²⁰

Além disso, tem-se na doutrina brasileira três teorias principais que tratam do início da personalidade jurídica: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional, e a teoria concepcionista²¹

A primeira estava abarcada no Código Civil de 1916 que afirmava que o direito à personalidade surgia com o nascimento com vida do feto, existindo, antes disso, a mera expectativa²², ou seja, o feto intrauterino não seria detentor de direitos²³. A segunda teoria é

15 REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). **La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005.

16 Sobre a ideia de santidade da vida ou intangibilidade (Rey Martínez, 2008); BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...Op. cit.**, 2014.

17 REY MARTÍNEZ, Fernando. Eutanasia y Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008.

18 REY MARTÍNEZ, Fernando. Eutanasia y Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008.

19 Conforme André Ramos Tavares, a ADI é a “denominação da técnica constitucional brasileira pós-1988 para identificar o instrumento do processo objetivo tendente a realizar o controle abstrato-concentrado da constitucionalidade dos atos normativos” (TAVARES, André Ramos. Ação Direta de Inconstitucionalidade...Op. cit., 2007).

20 BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...Op. cit.**, 2014.

21 ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. [prefácio Carlos Alberto Bittar, Mario Emílio Bigotte Chorão]. São Paulo: Saraiva, 2000.

22 Embora o feto tenha vida, ainda não é pessoa (SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006).

23 Em posição contrária (ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil...Op. cit.**, 2000). O feto é pessoa em potencial, mas mesmo como “projeto de pessoa” recebe proteção jurídica (SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto...Op. cit., 2006). Ler mais em BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...Op. cit.**, 2014, pp. 108-111.

a da personalidade condicional, na qual se reconhece a personalidade jurídica do nascituro desde a concepção, mas a condiciona ao seu nascimento com vida²⁴. Já a última teoria garante a personalidade jurídica desde a concepção, entendendo que o produto da concepção é um ser vivo, detentor de direitos²⁵. Essa teoria protegeria as etapas iniciais do embrião humano, considerando a “fertilização do ovócito secundário pelo espermatozoide”²⁶ e a união das células germinativas, a partir de quando forma o embrião unicelular denominado zigoto. CHINELATO, por exemplo, entende que a vida se inicia desde a concepção, mas com a nidação do ovo no útero da mulher, independentemente de se há ou não viabilidade do feto²⁷. Como se vê, nem mesmo a proteção da vida “desde a concepção” é simples.

Essas teorias podem auxiliar o intérprete na análise sobre a possibilidade ou não de se abortar um feto, ou, ainda, estabelecer graus de proteção²⁸ do direito à vida. No entanto, não trazem soluções diretas²⁹. Por essa razão, vale analisar os parâmetros jurisprudenciais dos dois casos sobre o direito à vida.

Na ADPF 54, o voto do relator Marco Aurélio ressaltou que “as religiões não podem guiar as decisões estatais” e que o Estado brasileiro é neutro³⁰. Além disso, “ainda que fosse admitido o direito à vida intrauterina do feto anencéfalo, haveria uma proteção menos intensa”, pois o direito à vida comportaria gradações³¹, conforme o ministro relator. No caso específico da anencefalia, o ministro ainda entendeu que “a incolumidade física do feto” não poderia ser “preservada a qualquer custo”³². Além disso, o relator afastou as alegações utilitaristas que coisificariam o feto e a mulher, ao analisar a doação de órgãos de anencéfalos, fundamentando-se no fato de que a doação tem natureza voluntária, de modo que o

24 ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil...***Op. cit.*, 2000.

25 A apesar de a personalidade jurídica existir desde a concepção, a capacidade jurídica é reduzida (ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil...***Op. cit.*, 2000).

26 Renata da Rocha apresenta diferenças entre fertilização e concepção (ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008). Vide as quatro teorias genético-desenvolvimentistas referentes à vida e comentários a respeito (ROCHA, Renata da. **Direito à vida...***Op. cit.*, 2008); BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...***Op. cit.*, 2014.

27 ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil...***Op. cit.*, 2000

28 Vide críticas (ROCHA, Renata da. **Direito à vida...***Op. cit.*, 2008). No voto do Ministro Ricardo Lewandowski, na ADI 3.510-0, ao analisar o termo “em geral”, afirma que a vida começa desde a concepção, mas “podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar, eventualmente, de protegê-la, em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo”. Como exemplo, menciona a hipótese de exclusão de antijuridicidade do aborto necessário expresso no artigo 128, I, Código Penal. Já Daniel Sarmento defende que tal interpretação deve ser feita no Brasil (SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto...***Op. cit.*, 2006).

29 BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...***Op. cit.*, 2014.

30 STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, Data do julgamento 12/04/2012, Data da publicação 30/04/2013 2012; BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...***Op. cit.*, 2014.

31 STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, Data do julgamento 12/04/2012, Data da publicação 30/04/2013

32 STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, Data do julgamento 12/04/2012, Data da publicação 30/04/2013; BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...***Op. cit.*, 2014.

direito não obriga o sacrifício próprio para salvar a vida de outros indivíduos³³.

O reconhecimento de que o direito à vida não é absoluto, permitindo a graduação da proteção do feto³⁴ também foi objeto da ADI 3510, sobre o uso das células-tronco, já que o embrião receberia maior proteção a partir da nidação, ao se fixar no útero da mulher³⁵. Ressalta-se a necessidade de “*ser pessoa, possuindo o mínimo intrínseco das capacidades humanas*”³⁶. De acordo a ministra Rosa Weber, ao analisar os direitos do feto com anencefalia, asseverou não haver dúvidas com relação ao direito da mulher, de modo que a manutenção da gestação de um feto anencéfalo, seria violar os direitos reprodutivos da gestante e sua liberdade de escolha³⁷.

O STF também reconheceu³⁸ que deve haver uma proteção à saúde física e psíquica da mulher. No voto do ministro Luiz Fux, ficou claro que a interrupção da gestação de feto anencéfalo teria o objetivo de reduzir o sofrimento da mulher e ainda protegê-la dos riscos à sua saúde física e a sua vida³⁹, tendo em vista as características da gestação e do parto no caso de anencefalia do feto⁴⁰.

O voto da ministra Carmén Lúcia foi fundamentado nos princípios da dignidade da vida e direito à saúde da mulher, considerada nas perspectivas física e psíquica⁴¹, e que a escolha da “menor dor”, no caso de uma gestação de feto anencéfalo se coaduna com a “*ideia de dignidade da vida assegurada pela Constituição*”⁴².

O ministro Celso de Mello reconheceu o direito da mulher de escolher ou não pela interrupção da gravidez de feto anencéfalo, com base em seu direito reprodutivo, na liberdade, na autodeterminação, na dignidade, na autonomia pessoal e na intimidade⁴³. O conceito jurídico de morte foi usado para parametrizar o início da vida, considerando o

33 STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, Data do julgamento 12/04/2012, Data da publicação 30/04/2013

34 Nesse sentido também votou o ministro Joaquim Barbosa (STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, Data do julgamento 12/04/2012, Data da publicação 30/04/2013).

35 STF, ADI 3510/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Ayres Britto, Data do julgamento 29/05/2008, Data da publicação 28/05/2010.

36 BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...** *Op. cit.*, 2014.

37 STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, Data do julgamento 12/04/2012, Data da publicação 30/04/2013.

38 Vencidos os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski.

39 STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, Data do julgamento 12/04/2012, Data da publicação 30/04/2013.

40 BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...** *Op. cit.*, 2014.

41 Nesse sentido, como uma faceta moral do direito à saúde, Ayres Britto entende que a negação do aborto em caso de estupro seria uma violação à dignidade da pessoa humana (STF, 2012).

42 STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, Data do julgamento 12/04/2012, Data da publicação 30/04/2013; BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...** *Op. cit.*, 2014.

43 STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, Data do julgamento 12/04/2012, Data da publicação 30/04/2013.

início da atividade cerebral⁴⁴.

Nota-se, com base nos parâmetros acima apresentados, que no Brasil, atualmente, o direito à vida é a regra⁴⁵, mas não é um direito absoluto. Como analisado, há casos específicos nos quais é possível restringir o direito à vida do feto para salvaguardar a vida da mãe, quando a gestação colocar em risco sua vida e, ainda, para proteger a saúde física e psíquica da mulher, nos casos de estupro e do aborto do feto anencéfalo.

Resta, no entanto, refletir se com a PEC aprovada ainda seria possível relativizar a proteção do direito à vida nesses casos específicos de ponderação de direitos. Assim, seria possível imaginar dois cenários: i) um em que o direito à vida considerado desde a concepção não ganharia proteção absoluta, fato que permitiria uma ponderação da proteção da vida e outros direitos e princípios constitucionais, como o direito à saúde física, psíquica, autorizando o aborto em determinadas situações e ii) outro em que haveria proteção do direito à vida absolutamente. Com relação a esse último, vale lembrar do voto de Celso de Mello na ADPF 54, ao analisar o disposto no artigo 4º da CADH que protege o direito à vida “em geral” desde a concepção. Asseverou o ministro que a existência da cláusula “em geral” modifica totalmente a interpretação do referido artigo. Alertou que a ausência do termo “em geral” admitiria “a proteção do direito à vida de forma absoluta desde a concepção”⁴⁶. Além disso, cabe salientar o voto do ministro Cezar Peluso que defendeu a não relativização do direito à vida no caso da gestação de feto anencéfalo⁴⁷.

Diante disso, questiona-se se igual interpretação poderia ser realizada a partir da leitura do texto constitucional em decorrência da inserção de cláusula idêntica “desde a concepção”. Nesses casos, a exceção do aborto em situações em que a gravidez coloca em risco a vida da mãe estaria por um fio, mas, mesmo assim, não parece restar dúvida quanto à impossibilidade de restrição do direito à vida da mulher para proteger a vida do feto, nem mesmo por emenda constitucional, pois o direito à vida da mulher estaria acobertado por

44 STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, Data do julgamento 12/04/2012, Data da publicação 30/04/2013.

45 Analisando os quatro modelos apresentados por Daniela Bucci na análise do caso do aborto do feto anencéfalo, destaca-se o modelo de interpretação constitucional da exceção permitida: “direito à vida em geral é a regra, mas, excepcionalmente, ele pode ser limitado, sendo que as exceções ao direito geral devem, por sua vez, ser interpretadas restritivamente”. Assim, “apesar da primazia geral do direito à vida, o legislador e o intérprete do direito não gozam de uma liberdade absoluta para restringir a liberdade das pessoas, pois, sempre que a liberdade individual for restringida, será preciso que a restrição se fundamente nos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito” (BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...** *Op. cit.*, 2014). Caso seja inserido o termo “desde a concepção”, o modelo que passará a ser adotado poderá ser o da proibição absoluta. Inobstante as diversas teorias que tratam da interpretação dos limites do direito à vida apresentadas pela autora, o “conflito entre liberdade e a vida não é de fácil solução” (BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas...** *Op. cit.*, 2014).

46 STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, Data do julgamento 12/04/2012, Data da publicação 30/04/2013.

47 Diferencia a proteção da integridade psíquica da mulher em caso de estupro: neste “a mulher é vítima de um crime violento e engravida à força”. Já na gestação de feto anencéfalo, existe um “um infortúnio, porém fruto da liberdade sexual do casal” (STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, Data do julgamento 12/04/2012, Data da publicação 30/04/2013).

cláusula pétrea⁴⁸.

Talvez o ponto de maior discussão, seria com relação à proteção do direito à saúde física e psíquica da mulher nos casos de aborto em decorrência do estupro ou do aborto do feto anencéfalo, já que referidos direitos, bem como o princípio da dignidade humana, são entendidos como fundamentos determinantes para justificar as hipóteses de exceção da proteção do direito à vida do feto, mas não necessariamente cláusula pétrea⁴⁹.

Todavia, se admitirmos que o direito à vida é um direito poliédrico e que o direito à saúde física e psíquica são facetas do direito à vida, não poderiam essas ser restringidas, nem mesmo por emenda constitucional, pois poderiam ser entendidas igualmente como cláusulas pétreas. Além disso, a integridade física e psíquica da mulher estaria protegida por força do art. 5º, III da CF/88, ao vedar a prática de tortura e o tratamento degradante, permitindo o aborto em determinadas situações em que esses direitos conflitassem com o direito à vida, pois, indubitavelmente, são cláusulas pétreas.

Vale dizer que, nessas hipóteses, caberia ao Supremo Tribunal Federal a interpretação considerando o conjunto de normas e princípios já existentes no texto constitucional e que já foram interpretados em outras oportunidades, inclusive na ADPF 54 e na ADI 3510, debatidas no presente artigo. Difícil estabelecer, porém, qual seria a interpretação do Supremo Tribunal, caso a PEC do aborto seja aprovada.

Na linha do que salienta HÜBNER, considerando que os ministros julgam como ilhas⁵⁰, os precedentes podem não ser tão estáveis como parecem. Nem mesmo seria possível basear-se integralmente na interpretação realizada pelos ministros, uma vez que a própria composição da Corte Suprema está bastante distinta daquela que participou nos casos estudados, restando dúvidas sobre qual seria o posicionamento do STF, caso o tema precise ser analisado.

Por fim, vale ressaltar que a PEC também não prevê em seu texto a determinação do início da vida, mas a considera protegida desde a concepção. O próprio termo concepção, como visto acima, exigiria que o intérprete estabelecesse seus limites e alcance. Esse aspecto tem sido enfrentado pela doutrina e igualmente foi objeto de análise pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso envolvendo fertilização *in vitro*, no caso

48 As cláusulas pétreas estão previstas no artigo 60, §4º da CF/88. Proíbem-se “propostas de emendas constitucionais que venham a suprimir quaisquer dos princípios distinguidos como cláusula pétrea, mas também aquelas que venham a atingi-los de forma equivalente, revelando uma tendência à sua abolição, também ferindo o seu conteúdo essencial” (PEDRA, Adriano Sant’Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 43 n. 172, out./dez. 2006).

49 Nos termos da CF, somente os direitos e garantias individuais poderiam ser consideradas cláusulas pétreas. Todavia, o autor alerta para entendimentos contrários, tal como SARLET que entende que “as cláusulas pétreas, que protegem o conjunto de bens constitucionais essenciais à preservação da identidade da Constituição, necessariamente incluem os direitos fundamentais sociais” (PEDRA, Adriano Sant’Ana. Reflexões...*Op. cit.*, 2006).

50 HÜBNER MENDES, Conrado. Onze Ilhas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>>. Acesso em: 02 dez 2024.

*Artavia Murillo v. Costa Rica*⁵¹, o que per se exigiria um esforço da Corte para analisar a restrição ao aborto, situação igualmente complexa.

CONCLUSÃO

O Brasil possui leis bastante restritivas contra o aborto, garantindo a proteção do direito à vida. Apesar disso, o Brasil ainda permite o aborto para salvar a vida da mulher, e para proteger a saúde psíquica e física da gestante nos casos de anencefalia e estupro.

Com eventual inserção do termo “desde a concepção” no texto constitucional haveria dois cenários possíveis: de uma restrição total ao aborto ou de ponderação com outros direitos igualmente protegidos pela Constituição Federal, tais como, o direito à saúde física e psíquica, por exemplo. Com relação a esses direitos especificamente seria possível debater se são abarcados por cláusula pétrea e, portanto, irrestingíveis, inclusive por emenda constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silmara J.A.Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. [prefácio Carlos Alberto Bittar, Mario Emílio Bigotte Chorão]. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BUCCI, Daniela. **Dimensões jurídicas da proteção da vida e o aborto do feto anencéfalo**. 1. ed. Curitiba: Clássica Editora, 2014.
- CARVALHO RAMOS, André de. O direito à vida e a pena de morte. In: PETERKE, Sven (coord). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri. Vida (Direito à). In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DWORKIN, RONALD. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (justiça e direito).
- HÜBNER MENDES, Conrado. Onze Ilhas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>>. Acesso em: 2dez. 2024.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- PEDRA, Adriano Sant’Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. **Revista de**

51 Corte IDH, Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) v. Costa Rica, sentença de 28 de novembro de 2012.

Informação Legislativa. Brasília, 43 n. 172, out./dez. 2006.

REY MARTÍNEZ, Fernando. La Protección Jurídica de La Vida: Un Derecho em Transformación Y Expansión (art. 2 CEDH y Protocolos 6º y 13º). In: GARCIA ROCA, Javier e SANTOLAYA, Pablo (coords). La Europa de Los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2005.

REY MARTÍNEZ, Fernando. **Eutanasia y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008.

ROCHA, Renata da. **Direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). **Nos Limites da Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed, rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. Ação Direta de Inconstitucionalidade. In: DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). TAVARES, André Ramos; DIMOULIS, Dimitri; BERCOVICI, Gilberto; SILVA, Guilherme Amorim Campos da; FRANCISCO, José Carlos; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROUBO, FURTO E ARREBATAMENTO: CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL DA VIOLÊNCIA INDIRETA NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Eduardo Pelella

Procurador Regional da República e Mestre em Direito.

INTRODUÇÃO

Este artigo⁰¹ explora os limites da tipificação entre roubo e furto, especialmente em situações onde a violência exercida pelo agente se dirige a um objeto (como a quebra de vidro de um carro para furtar um bem) em vez de ser aplicada diretamente contra a pessoa da vítima. A questão central é determinar se, para a configuração de roubo, a violência precisa ser dirigida à pessoa ou, se mesmo indireta, a comprometer a segurança ou capacidade de reação da vítima, já basta para qualificar o delito como roubo.

A análise parte de um caso concreto, o REsp 2046906/SP⁰², submetido ao regime de repercussão geral (Tema 1227/STJ), em que o STJ se propõe a estabelecer critérios que orientem a aplicação do tipo penal de roubo (art. 157 do Código Penal) em oposição ao furto (art. 155 do CP). A controvérsia é delimitar se o roubo exige violência direta contra a pessoa ou se o impacto indireto na vítima já configura o crime.

O estudo avalia precedentes que usam esses critérios. Analisa como a distinção entre furto e roubo demanda uma avaliação precisa do impacto da violência na defesa da vítima. O objetivo é contribuir para uma melhor compreensão dos critérios legais necessários para classificar condutas que envolvem subtração de bens com violência.

1. O caso.

O réu foi condenado em 1º grau por infringir o artigo 157, §2º, inciso VII, combinado com o artigo 61, inciso II, alínea “j”, ambos do Código Penal, à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de treze dias-multa

01 As considerações aqui expendidas são baseadas no parecer exarado pelo autor nos autos do REsp 2046906/SP, na condição de membro do Ministério Público Federal, atuando em substituição junto à Procuradoria-Geral da República na condição de Procurador Regional da República convocado a atuar como Subprocurador-Geral da República. Agradeço especialmente à Analista Judiciária do quadro do STJ e Assessora na PGR *Cláudia Dantas Ferreira da Silva* pelo auxílio e revisão do parecer originário.

02 Todas as referências ao caso tratado no REsp 2046906/SP, ainda em andamento no fechamento deste artigo, podem ser consultadas no sítio eletrônico do STJ.

no patamar mínimo. O fato pode ser sucintamente descrito da seguinte forma: *o réu subtraiu um aparelho celular da vítima, mediante violência exercida pelo uso de uma pedra como arma para estilhaçar o vidro do carro em que se encontrava o objeto, causando pequenos cortes na vítima.*

Não houve controvérsia sobre a dinâmica do ocorrido. O réu confessou o delito, admitindo que utilizou uma pedra para quebrar o vidro dianteiro do veículo da vítima e subtraiu o celular. Em seguida, fugiu de bicicleta, mas foi interpelado por um homem, e, após, pela Polícia Militar.

Na apelação, a defesa havia postulado a desclassificação do crime de roubo para o furto, previsto no art. 155, caput, do Código Penal, centrando seus argumentos na ausência de violência ou grave ameaça contra a vítima. Defendeu que o réu apenas quebrou o vidro com a utilização de uma pedra, sem arremessá-la, demonstrando que a violência fora utilizada contra a coisa e não contra a pessoa. Também requereu que fossem afastadas a agravante da calamidade pública e a causa de aumento relativa ao emprego de arma branca, com a fixação de regime inicial de cumprimento da pena menos gravoso.

No TJ/SP, foi mantida a condenação pelo crime de roubo, afastando-se as alegações de desclassificação para furto devido à violência e impossibilidade de reação da vítima. A dosimetria da pena foi ajustada para desconsiderar a agravante de calamidade pública, não comprovada no caso concreto. Excluiu-se a causa de aumento pelo uso de arma branca, em razão da ausência de visualização da pedra pela vítima. Manteve-se o regime fechado para início do cumprimento da pena, com base na reincidência, em conformidade com o art. 33 do Código Penal.

Essa decisão motivou a interposição de recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição da República, no qual a defesa alegou violação ao artigo 155 do Código de Processo Penal, ao argumento de que a ação perpetrada pelo recorrente se deu em detrimento do obstáculo (vidro), o qual impedia a subtração do objeto (celular), o que não caracterizaria qualquer prática de violência ou grave ameaça em detrimento da vítima.

2. Seleção do caso como representativo de controvérsia e delimitação da tese a ser decidida.

A Terceira Seção do STJ decidiu pela afetação do recurso especial ao rito dos arts. 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil e arts. 256 ao 256-D do RISTJ, c/c o inciso I do art. 2º da Portaria STJ/GP n. 98, de 22 de março de 2021 (republicada no DJe em 24/03/2021), sem a suspensão do trâmite dos processos pendentes. Na decisão de afetação está delimitada a tese a ser enfrentada: *definir se a tipificação do crime de roubo exige que a violência empregada seja direcionada à vítima ou se também abarca os casos em que a violência*

tenha sido empregada contra um objeto, com o intuito de subtrair o bem.

3. Considerações gerais.

A situação fática descrita remete ao antigo debate doutrinário e jurisprudencial acerca da suficiência e adequação da tipificação dos crimes contra o patrimônio. Estes delitos compõem um dos ramos mais antigos e essenciais do direito penal especial, mantendo-se muito relevantes na criminologia contemporânea, especialmente pela frequência estatística de ocorrências. O estudo desses crimes revela-se complexo em teoria, mas é simultaneamente fascinante e instrutivo⁰³. Eles servem como exemplos paradigmáticos do ilícito penal *fragmentário*, estruturados em torno das formas de lesão ao patrimônio. Delitos como furto, apropriação indébita, estelionato, e roubo, por exemplo, demandam uma análise detalhada e específica da conduta incriminada. Essa análise, embora detalhada, não procura replicar a ampla variedade de cenários possíveis. Em vez disso, frequentemente adota uma abordagem quase pictórica e cinematográfica, capturando a essência da conduta por meio de uma representação visual e sequencial de seu desenvolvimento⁰⁴.

Os delitos contra o patrimônio diferem do ilícito civil não contratual, bem como divergem da abordagem usada nos crimes contra a vida. Devido à sua natureza seletiva e focada, esses delitos precisam identificar as ações penalmente relevantes com grande precisão, baseando-se em características formais específicas para diferenciá-las de outras inúmeras ações. Isso leva a situações em que condutas que causam danos econômicos significativos podem ser consideradas irrelevantes penalmente por não atenderem a certos critérios formais. Já outras de menor envergadura econômica, mas condicionadas pela forma de seu cometimento, merecem destaque na norma penal incriminadora.

Dessa forma, os delitos patrimoniais atuam como teste para a aplicação rigorosa do direito penal e para o conceito de proteção penal fragmentada, que se concentra especificamente nas maneiras pelas quais o patrimônio pode ser lesado.

Os tipos, conforme construídos, não são apenas abstrações linguísticas; são percebidos pela sociedade como únicos e independentes, cada um com sua própria forma e desvalor específicos. Na prática social, é quando delitos como furto, fraude, apropriação indébita e estelionato são diferenciados um do outro, e é nesse ambiente que se formam consensos sobre a natureza e a gravidade das ações. Quando as distinções se confundem no âmbito sócio-normativo, o sistema penal enfrenta dificuldades para manter categorizações claras. Isso desafia a capacidade de comunicar regras de conduta e critérios de julgamento eficazmente ao público e juristas.

03 CADOPPI, Alberto *et al.* *Trattato di Diritto Penale - Vol. X: I Delitti contro il Patrimonio*. Turim: UTET, 2011. pp. 1-4

04 CADOPPI, Alberto *et al.* *Trattato di Diritto...Op. cit.*, 2011.

Além disso, os crimes patrimoniais criam complexidades significativas nas interseções entre o direito penal e o direito civil, tocando diretamente ou de forma tangencial em categorias fundamentais do direito privado, como propriedade, posse, detenção e contrato. Esse entrelaçamento suscita questões recorrentes sobre se as categorias penais são autônomas ou dependentes das civis.

As formas agressivas caracterizadas pelos crimes patrimoniais representam uma síntese notável e única, que conseguiu definir o ilícito penal, distanciando-o tanto da casuística detalhada quanto dos diversos desvios de práticas comerciais legítimas. Os fenômenos do furto e das práticas comerciais desviantes, apesar de estarem social e politicamente interligados, são essencialmente distintos. A legislação penal, ao longo do tempo, conseguiu criar e aprimorar a definição de furto de forma inovadora. Evitou assim a cópia exata de uma série de casos específicos e ignorou as complexidades do direito civil, como contratos e outras formas legais de transações de bens⁰⁵.

4. Furto, roubo e arrebatamento.

Há exatos 70 anos, Valdir de Abreu publicou texto na clássica Revista Forense, vol. 152, no qual se encontra profunda reflexão acerca da tipificação dos crimes de roubo, furto e na figura intermediária, não tipificada autonomamente em nosso ordenamento, relativa ao *arrebatamento*. Em suas palavras⁰⁶ a subtração de coisa alheia por *arrebatamento*, uma modalidade frequente de delito patrimonial em áreas urbanas, *envolve a apropriação de bens pela aplicação de força súbita sobre o objeto ou pessoa*. Em comparação com furto e roubo, *o arrebatamento se destaca pela força aplicada diretamente na posse da vítima, gerando um susto ou surpresa que temporariamente a inabilita de reagir*.

Sua classificação jurídica, sempre segundo ABREU, é controvertida. Embora o Código Penal italiano preveja essa conduta como uma forma agravada de furto, autores e jurisprudência divergem sobre sua definição exata. A doutrina majoritária, conforme Carrara e Nelson Hungria, argumenta que o arrebatamento possui elementos de violência indireta sobre a pessoa, visto que o uso de força, mesmo que não significativa, é suficiente para vencer a resistência normal do portador, configurando assim roubo. Conclui que o Código Penal brasileiro não aborda explicitamente o arrebatamento, levando alguns tribunais a enquadrá-lo como furto simples, posição criticada pela doutrina, que aponta para o erro de tratamento brando para uma conduta que intimida e reduz a capacidade de defesa da vítima, semelhante ao roubo. Sebastian Soler e Manzini reforçam essa visão, destacando que o arrebatamento, mesmo sem contato direto, implica violência indireta,

05 CADOPPI, Alberto *et al.* Trattato di Diritto...*Op. cit.*, 2011.

06 ABREU, Valdir de. **Conceituação do arrebatamento como crime contra o patrimônio**. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 152, março-abril de 1954. Disponível em <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/penal/conceituacao-arrebatamento/>.

justificando a punição severa por equivaler ao conceito de roubo.

5. Análise do caso.

Para fins de argumentação, as premissas fáticas a serem analisadas são as seguintes: (i) houve a subtração de um telefone celular que estava no interior de um automóvel em trânsito em ponto movimentado de centro urbano; (ii) o carro estava em trânsito e não estacionado; (iii) a vítima estava, evidentemente, no interior do transporte; (iv) para que fosse efetivada a subtração, o recorrente arremessou uma pedra na janela junto ao banco de passageiros do meio de locomoção, provocando o estilhaçamento deste e; (v) desta ação resultaram pequenos cortes na vítima. A narrativa, portanto, é típica de um crime comum nos grandes centros urbanos brasileiros e configura um desafio crescente à segurança pública⁰⁷.

O acórdão que definiu a tese a ser enfrentada utilizou-se de três precedentes do STJ para assentar a representatividade do recurso e fixar a controvérsia:

(i) No AgRg no AREsp n. 1.604.296/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16.6.2020, DJe de 23.6.2020, o quadro fático delimitado aponta que na espécie, a violência foi dirigida exclusivamente à coisa, pois, consoante assentou o Tribunal de origem, os acusados *se limitaram a puxar a bolsa da vítima, sem sequer esboçar qualquer ato de violência ou de grave ameaça*, ressaltando que, apesar de a vítima ter sofrido lesões durante a prática delitiva, tal como alega, tais lesões foram causadas de forma indireta pelo arrebatamento da bolsa. Concluiu-se pela tipificação do delito de furto;

(ii) Já do AgRg no REsp n. 1.483.754/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10.4.2018, DJe de 18.4.2018, consta que:

(...) verifica-se que, de fato, o apelante não ameaçou nem agrediu a vítima para efetivar a subtração de sua corrente, tendo a violência sido empregada diretamente contra a coisa, e não contra a pessoa. Com efeito, em que pese ter a vítima declarado, em juízo, que ‘o agente arrancou violentamente a corrente que usava’, tendo a atitude do autor provocado ‘uma espécie de hematoma no pescoço, sendo inclusive deixadas marcas de suas unhas’ (fl. 97), é certo que tais lesões causadas de forma indireta pelo arrebatamento da corrente, de acordo, inclusive, com o depoimento do policial condutor (f. 02A), não passaram de leves escoriações, tratando-se de alguns arranhões deixados no pescoço da vítima, sendo, portanto, a meu ver, insuficientes para caracterizar a violência típica do crime de roubo. Quando a violência é empregada contra a coisa, sendo a vítima atingida apenas de forma indireta, sem lesões de maior extensão ou gravidade e sem o emprego de força física exagerada que a jogue ao chão ou algo similar, não há que se falar em crime de roubo⁰⁸.

07 A respeito, confirmam-se matérias jornalística recentes, inclusive com imagens de delitos da mesma espécie que ilustram bem a dinâmica: <https://www.youtube.com/watch?v=uoB2RSOV53U>; <https://www.youtube.com/watch?v=vodDQ78lnTM> e https://www.google.com/search?q=v%C3%ADdeos+roubos+celulares+carro&oq=v%C3%ADdeos+roubos+celulares+carro&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYO-TIHCAEQIRigATIHCARigAdIBCTEyMzExajFqN6gCALACAA&sourceid=chrome&ie=UTF-8#fpstate=ive&ip=1&vld=cid:b29cb1be,vid:VbUBYP1BywQ,st:0.

08 Inteiro teor disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?com->

Concluiu-se também pela tipificação do delito de furto por arrebatamento;
(iii) No HC n. 105.066/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16.9.2008, DJe de 3.11.2008, a conclusão foi pela configuração do crime de roubo a partir do seguinte quadro fático:

A propósito, para melhor delimitar a questão, veja-se o seguinte trecho da denúncia: “Segundo restou apurado, os denunciados estavam a bordo do veículo FIAT/Uno verde, placas BOP-2433/São Paulo-SP, quando estacionaram à porta daquele estabelecimento, previamente ajustados à prática delitiva. Enquanto um deles permanecia em guarda e visando dar a fuga no interior do veículo, encarregou-se o comparsa de adentrar o comércio e abordar a atendente e proprietária Vanda. Isto feito, anunciou o assalto, simulando o assaltante portar arma de fogo, e exigiu a entrega da quantia mencionada, bem como os cigarros e os cartões telefônicos. Reduzida à impossibilidade de resistência ante a intimidação fictícia, a vítima atendeu ao exigido, evadindo-se o roubador na posse do aludido valor em dinheiro e dos maços de cigarro. Na sequência, deixou o local no mesmo automóvel em que lá chegaram. Ocorre que, tendo a vítima anotado as placas do referido auto, acionou o concurso policial fornecendo-lhes inclusive suas descrições. Acionados pelo COPOM, os Milicianos em diligências pela região lograram êxito em localizar e abordar os denunciados à porta da residência de RONALDO, onde estacionaram o veículo em questão. Em revista pessoal, foi encontrado em poder do indiciado THIAGO a quantia em dinheiro subtraída e no interior do veículo foram encontrados os maços de cigarro rapinados (auto de exibição e apreensão de fls. 18). Ato contínuo, foram os indiciados conduzidos à Delegacia de Polícia, onde prontamente reconhecidos pela vítima e autuados em flagrante” (fls. 66/67). No presente caso, pela análise dos fatos descritos na exordial acusatória, nota-se que o crime praticado pelo paciente foi o de roubo, haja vista que cometido com grave ameaça contra a vítima. Confira-se, oportunamente, o que restou consignado na r. sentença condenatória: “A vítima Vanda disse que no dia dos fatos viu quando um veículo FIAT Uno de cor verde estacionou defronte ao seu estabelecimento e dele desceu um dos réus, que adentrou fazendo menção de estar armado e mandou que entregasse os maços de cigarro e o dinheiro. Assim, amedrontada, obedeceu, tendo o roubador empreendido fuga no mesmo veículo em que havia chegado. Contudo, logo na sequência acionou os policiais militares, que conseguiram localizar os roubadores e os reconheceu sem sombra de dúvidas na delegacia de polícia (fls.142/146)” (fl. 139)⁰⁹.

Os dois primeiros precedentes têm em comum o fato de a coisa subtraída (arrebatada, em ambos os casos) estar diretamente presa ao corpo da vítima (bolsa e cordão). Em ambos os casos, considerou-se que a conduta, mesmo abrupta, não importou comprometimento ou ameaça à integridade física da vítima que justificariam a reclassificação para o delito de roubo.

O terceiro precedente trata de hipótese de ameaça exercida mediante simulação do porte de arma de fogo com o fim de subtrair a coisa. Considerou-se que a ameaça praticada dessa forma é apta a incutir receio na vítima de modo a reduzir-lhe a possibilidade de resistência. É o raciocínio equivalente ao esposado quando da decisão do Tema 1171/STJ,

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1696670&num_registro=201402510994&data=20180418&peticao_numero=201700612291&formato=PDF

⁰⁹ Inteiro teor disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=818000&num_registro=200800902774&data=20081103&formato=PDF.

cujo acórdão foi publicado em 18.12.2023, com a seguinte tese: *a utilização de simulacro de arma configura a elementar grave ameaça do tipo penal do roubo, subsumindo à hipótese legal que veda a substituição da pena.*

Ou seja, apesar de não haver efetiva utilização de arma de fogo, a simulação de sua existência para propiciar a subtração é suficiente para a caracterização da ameaça elementar do roubo e a utilização do seu simulacro é suficiente para causar a intimidação da vítima.

Bem se vê que nenhum dos três casos é assimilável diretamente ao que aqui é tratado. Por um lado, a *res*, aqui, não estava diretamente ligada ao corpo da vítima, como nas situações anteriores, mas bem próximos, dentro do recinto veicular acessado pelo rompimento violento de obstáculo, no caso, o vidro do veículo. Por outro lado, evidente que não há aqui emprego de arma e não é por esse aspecto que se pode tratar a ocorrência de eventual grave ameaça.

Ainda assim, é possível extrair, como resultante da conjugação dos três precedentes em cotejo com o fato em questão, um raciocínio que solucione o caso e sirva de diretriz para aplicação da lei a outras hipóteses.

Em primeiro lugar, diferentemente dos casos de furto por arrebatamento citados, não se discute aqui a existência ou não de violência. Ato violento houve, dirigido imediatamente à coisa, é verdade, mas exercida de forma tal que condiciona a capacidade de reação da vítima, o que será adiante tratado.

Nos casos de furto por arrebatamento, à míngua de uma distinção legal nos moldes daquela proposta por ABREU no excerto acima transcrito (que tipificasse, por exemplo, a *rapina* como tipo intermediário autônomo ou modalidade especial de roubo), o limite da adequação típica reside, ao fim e ao cabo, na intensidade da conduta praticada e sua repercussão na integridade física da vítima. Se de pequena monta, revelando destreza sem violência, trata-se de furto. Do contrário, verificando-se o elemento de violência apto a comprometer ou ameaçar a sua incolumidade, trata-se de roubo.

O Superior Tribunal de Justiça traçou esse limite, com apoio em NUCCI, no REsp nº 1.741.534/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca¹⁰. Transcrevo a passagem relevante:

(...) É firme o entendimento no sentido de que está caracterizado o delito de roubo quando o arrebatamento de coisa presa ao corpo da vítima compromete ou ameaça a sua integridade física. Guilherme de Souza Nucci, ao discorrer sobre o tema, destaca: [...] qualquer tipo de violência incidente sobre a pessoa humana, com a finalidade de levar-lhe os pertences, configura o roubo, e não um simples furto. Ainda que a violência seja exercida contra a coisa, se de algum modo atingir a pessoa (lesionando-a ou não), existe roubo. O tipo penal do

10 Inteiro teor disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85624243&tipo_documento=documento&num_registro=201801161033&-data=20180810&formato=PDF.

furto é bem claro, prevendo conduta livre de qualquer violência (uso de força ou coação) contra a pessoa humana, enquanto o tipo de roubo inclui tal figura. Logo, não é possível dizer que um ‘singelo’ empurrão no ofendido não é suficiente para concretizar a violência exigida pelo tipo legal de roubo. A violência não tem graus ou espécies: estando presente, transforma o crime patrimonial do art. 155 para o previsto no art. 157. (in Código Penal Comentado, 15ª edição, pág. 895). No caso, não há que se falar em desclassificação do delito de roubo para furto. Consta da denúncia (e-STJ fl. 1): Consta do incluso inquérito policial que, no dia 14 de outubro de 2012, por volta das 17:38 horas, na Rua José Maria Alkimin, nº 12, Centro, neste município de Ribeirão das Neves/MG, o denunciado subtraiu para si, mediante violência, 01 (um) celular, marca Nokia, modelo 2310, nº de série 358072/01/792549/3, da vítima Irene das Graças de Jesus. Segundo se apurou, quando a vítima transitava pela praça central, neste município, o denunciado, utilizando-se de força física, rasgou seu vestido e subtraiu para si seu celular. (...) A conduta do agente que, utilizando-se de força física, rasga o vestido da vítima, subtraindo-lhe o celular, configura a grave ameaça exigida para a caracterização do delito de roubo.

Por outro lado, apesar de não estar em causa aqui, evidentemente, a utilização de simulacro de arma de fogo ou coisa que o valha para a consideração da existência de grave ameaça, extrai-se do que decidido no HC n. 105.066/SP citado no acórdão que assentou a repercussão geral no caso e acima analisado, que, para a tipificação do crime de roubo, é necessário e suficiente que a conduta praticada com a finalidade de subtração cause constrangimento ou intimidação na vítima, incutindo-lhe temor fundado e real. No REsp 1.168.192/SP, Rel. Min. Felix Fischer, o STJ disse que:

Para a configuração do crime de roubo é necessário haver o emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima. Entretanto, a violência não precisa ser de tal gravidade a ponto de ensejar lesões corporais. Ademais, a grave ameaça pode ser empregada de forma velada, configurando-se, isso sim, pela reação da vítima, o que leva a permitir que o agente promova a subtração sem que a pessoa lesada nada possa fazer para impedi-lo. Por fim, é certo que a utilização de arma de fogo não é requisito para a configuração do tipo, devendo, apenas, estar comprovada a ocorrência de grave ameaça ou violência contra a Dito em outras palavras, a grave ameaça é a violência moral, a promessa de fazer mal à vítima, intimidando-a, atemorizando-a, viciando sua vontade de modo a evitar um eventual reação (Luiz Régis Prado in “Curso de Direito Penal Brasileiro - Vol. 2”, Ed. RT, 5ª edição, 2006, pág. 418). É necessário que a ameaça seja bastante para criar no espírito da vítima o fundado receio de iminente e grave mal, físico ou moral (Nelson Hungria in “Comentários ao Código Penal - Vol. VII”, Ed. Forense, 4ª edição, 1980, pág. 54). Não se exige, contudo, o propósito, por parte do agente, de cumprir verdadeiramente a ameaça, nem que ela possa ser cumprida, basta que, no caso concreto, ela seja idônea para constranger e intimidar o ofendido (Heleno Cláudio Fragoso in “Lições de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 1”, Ed. Forense, 11ª edição, 1995, pág. 20). Ainda, fatores ligados à vítima (v.g.: sexo, idade, condição social e de saúde, etc) devem, no caso concreto, serem sopesados para que se possa aquilatar o grau de temibilidade proporcionado pela conduta do agente.

E como referido no pelo Resp nº 1.294.312/SE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, *ameaça nada mais é que a intimidação de outrem, que, na hipótese de crime de roubo, pode ser feita com emprego de arma, com a sua simulação, ou até mesmo de forma velada* (DJe 17.11.2016)¹¹.

11 Inteiro teor disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66592296®istro=201102871185&data=20161117&tipo=5&formato=PDF>.

6. Solução do caso concreto.

Após todas essas considerações, não parece possível que a conduta descrita possa ser considerada uma mera subtração assimilável ao crime de furto, ainda que na forma qualificada do § 4º, I do art.155 do CP.

O que se tem em casos como o aqui tratado é o ataque violento e abrupto ao veículo no qual se encontra(m) a(s) vítima(s) - pois é frequente que o veículo de passageiros seja ocupado por mais de uma pessoa, às vezes idosos e crianças -, confinadas a um cubículo com pouca ou nenhuma possibilidade de reação ou fuga do ataque.

Elas são pegas de inopino, desprevenidas, acoçadas e acuadas pelo barulho da quebra do vidro e, dado que o veículo se encontra em pleno trânsito, ainda que não em efetivo movimento, há o real perigo de, em ato plenamente justificável e instintivo, enviarem resposta evasiva ao ataque ou por súbito desespero, acabarem causando algum tipo de abalroamento de outro veículo ou de pedestre que transite pela via.

Ainda que o ato violento em si seja dirigido ao rompimento do obstáculo que separa o autor do delito da coisa almejada, não se pode abstrair o fato de que as circunstâncias necessárias à consumação do delito revestem-se de violência, são aptas a incutir receio suficiente à configuração da grave ameaça, e, especialmente, impossibilitam qualquer hipótese de resistência por parte das vítimas.

7. Tese.

A resposta à questão posta para efeito de fixação de tese, contudo, não se restringe às hipóteses de subtração de celulares em veículos, ainda que seja este o caso mais comum. O que deve ser respondido é se há algum critério que norteie a aplicação do tipo do *caput* do art. 157 do CP em vez daquele do art. 155, § 4º, I, nos casos em que a violência seja exercida imediatamente sobre a coisa, o que pode ocorrer, por exemplo, na invasão abrupta de residência ou escritório comercial com o estilhaçamento de uma janela ou rompimento de uma porta, estando naquele momento presentes as vítimas.

A resposta é encontrada na própria jurisprudência tanto do STJ quanto do STF.

No HC 107.147/MG, Rel. Min. Rosa Weber, o STF assentou que¹² [é] *desnecessário que a violência física perpetrada cause dano à integridade corporal da vítima, sendo suficiente, para a caracterização do roubo, imposição de força física, material ou simples vias de fato capazes de minar a possibilidade de resistência à subtração do bem.* A conjuntura fática do caso era a seguinte: (...) *o paciente foi denunciado por ter subtraído, mediante violência, uma corrente usada no pescoço da vítima (...). Os fatos ocorreram em uma rua do centro de Belo Horizonte/MG, onde*

12 Acessível em <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&-classe=HC&numero=107147#>.

estava parada a vítima, momento em que o denunciado avançou em seu pescoço, apropriando-se do objeto. Entendeu o STF que, (...) a violência foi idônea e suficiente para caracterizar o crime de roubo. A dinâmica dos fatos denota o efetivo emprego de violência com vias de fato, mediante uso da força física para a subtração do bem, ocasionando dores na região do pescoço da vítima.

O critério distintivo para a tipificação entre roubo e furto parece bem claro, segundo o precedente:

É desnecessário que a violência física perpetrada cause dano à integridade corporal, sendo suficiente, para a caracterização do roubo, imposição de força física, material ou simples vias de fato capazes de minar a possibilidade de resistência à subtração do bem. Como bem ponderou o Ministério Público Federal, para a configuração do crime de roubo “deve ocorrer o constrangimento físico, ou mesmo psíquico, da vítima de modo a retirar-lhe os meios de defesa, para subtrair o bem». A rapidez da ação não desfigura a violência, antes revelando tão somente habilidade na prática do crime, em via pública, surpreendendo a vítima, também atingida, ainda que de modo reflexo, pela conduta do agente”. Assim, embora tenha agido com destreza, a violência com que o paciente surpreendeu a vítima causou-lhe impossibilidade de resistência. Na exata lição de Guilherme de Souza Nucci, “qualquer tipo de violência incidente sobre a pessoa humana, com a finalidade de levar-lhe os pertences, configura o roubo, e não um simples furto. Ainda que a violência seja exercida sobre a coisa, se de algum modo atingir a pessoa (lesionando-a ou não), existe roubo. O tipo penal do furto é bem claro, prevendo conduta livre de qualquer violência (uso de força ou coação) contra a pessoa humana, enquanto o tipo do roubo inclui tal figura. (...) A violência não tem graus ou espécies: estando presente, transforma o crime patrimonial do art. 155 para o previsto no art. 157” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 755).

E prosseguiu o Tribunal fazendo referência a seus próprios precedentes: HC 103.718, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 15.10.2010, HC 100.857, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 04.6.2010, HC 75.110, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p. acórdão Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 01.8.97.

Já no HC 117.819/MG¹³, o STF entendeu que *[a] grave ameaça é o constrangimento ou a intimidação provocada na vítima a fim de subtrair um bem móvel de sua propriedade. Trata-se de um elemento subjetivo, tendo em vista a necessidade de se analisar, no caso concreto, se o ato praticado pelo agente foi realmente capaz de incutir na vítima um temor fundado e real. Contudo, o caráter subjetivo da grave ameaça não dispensa a correlação de proporcionalidade e razoabilidade que deve existir entre a conduta praticada pelo agente e a ameaça sentida pela vítima.*

Naquele caso, o STF concedeu a ordem para desclassificar a conduta de roubo para furto porque *o paciente não ameaçou a vítima, não fez uso de nenhum tipo arma, bem como não praticou qualquer agressão física; ele apenas gritou com a vítima para que ela lhe entregasse seus pertences. Por conseguinte, na hipótese, não restou caracterizada a grave ameaça inerente ao crime de roubo.*

Esse quadro fático obviamente não adere às situações abarcadas pelo caso em

13 Acessível em <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&-classe=HC&numero=117819#>.

questão. A *ratio* do julgado, ao contrário, está em linha com a posição esposada pela mesma Suprema Corte no antes citado HC 107.147/MG, Rel. Min. Rosa Weber.

E o STJ, no REsp 1.076.358/RS¹⁴, Rel. Min. Jorge Mussi, enfrentou questão diretamente relacionada ao que tratado neste caso. Ali, a subtração do bem da vítima, pessoa com deficiência, ocorreu mediante a conduta por parte do autor de chutar a muleta no qual ela se apoiava. Constatou do julgado que *[p]ara a configuração do crime de roubo é necessário que a violência empregada seja direcionada à vítima e não à coisa; contudo, quando o bem atingido repercutir na pessoa, impedindo-a de oferecer resistência, também resta configurado o delito previsto no art. 157, caput, do Código Penal.*

Da fundamentação se extrai o que parece ser o resumo da questão jurídica aqui posta:

O doutrinador Damásio Evangelista de Jesus, ao comentar o delito de roubo, esclarece quais os tipos de violência aptos a configurar o delito em comento (in Código Penal Anotado, 7ª ed., Saraiva: São Paulo, 1997, p. 514): 1ª) própria: emprego de força física, consistente em lesão corporal ou vias de fato; 2ª) imprópria: emprego de qualquer outro meio descrito na norma penal incriminadora, abstraída a grave ameaça”. Por sua vez, o mestre Júlio Fabbrini Mirabete, quanto à necessidade de que a violência empregada para a configuração do crime de roubo seja direcionada à vítima, leciona: “No caso do roubo, é necessário que a violência seja dirigida à vítima e não à coisa, a não ser que, neste caso, repercute na pessoa, impedindo-a de oferecer resistência” (Código Penal Interpretado, 2ª ed. Atlas, p. 181). (g.n.)

Na mesma linha outros precedentes daquela mesma Corte: *[é] firme o entendimento no sentido de que está caracterizado o delito de roubo quando o arrebatamento de coisa presa ao corpo da vítima compromete ou ameaça a integridade física da vítima* (AgRg no REsp 1575763/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 09/03/2016)¹⁵ e *quando o arrebatamento de coisa presa ao corpo da vítima compromete ou ameaça sua integridade física, configurando vias de fato, caracteriza-se o crime de roubo, sendo vedada a sua desclassificação para o delito de furto.* (AgRg no Ag 1376874/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 26/2/2013, DJe 4/3/2013)¹⁶.

CONCLUSÃO.

O tipo do crime de roubo, não obstante seu caráter uno, protege o patrimônio e a

14 Inteiro teor disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=897641&num_registro=200801610038&data=20090803&formato=PDF.

15 Inteiro teor disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1493318&num_registro=201503276950&data=20160309&peticao_numero=201600038917&formato=PDF

16 Inteiro teor disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1212052&num_registro=201100067112&data=20130304&peticao_numero=201100156174&formato=PDF.

incolumidade física e psíquica das vítimas. Estruturalmente, portanto, engloba vários fatos que podem constituir, em si mesmos, outros crimes, o que o torna um delito complexo. Seus elementos são: (i) subtração de coisa móvel alheia e; (ii) exercício de violência contra pessoa, ameaçando-a com perigo iminente para a vida ou para a integridade física ou pon-do-a na impossibilidade de resistir. O tipo subjetivo admite qualquer modalidade de dolo.

A utilização de violência real, ameaças que coloquem em risco iminente a vida ou a integridade física, ou ações que tornem a vítima incapaz de resistir, são meios de concretização da subtração de bens para neutralizar qualquer defesa do indivíduo afetado uma vez que o fim último do roubo é precisamente a obtenção da coisa. Quer se trate de violência física ou de coação moral, não se exige que tenha uma intensidade absolutamente comprometedor da capacidade de reação, bastando que seja suficiente para que o agente se apodere do bem.

Daí porque, para a consumação do crime de roubo, é prescindível que da violência física resulte lesão à integridade corporal da vítima. É suficiente que a imposição de força física, material, psicológica ou meras vias de fato seja capaz de anular a possibilidade concreta de resistência à subtração do bem.

Nesse contexto, o constrangimento físico ou psíquico, de modo a desarmar os meios de defesa da vítima, é elemento caracterizador do delito, independentemente da rapidez da ação, que, por si só, não descaracteriza a violência, mas indica habilidade na execução do crime.

E mesmo quando a violência é dirigida à coisa, se houver reflexos sobre a pessoa (com ou sem lesão), o ato configura roubo porque, no mínimo, haverá, por esse meio, situação em que a vítima se encontrará num estado de sujeição relativamente ao agente criminoso, intervindo, assim, a *impossibilidade de resistir como mecanismo subsidiário em face da violência ou da ameaça*. Todos os meios pelos quais o agente consiga dominar a vítima, sem usar de ameaça ou violência física, seja por força da mera apreensão física, seja sujeitando-a psicologicamente, integrarão, em regra e por exclusão, a noção de colocar a vítima em impossibilidade de resistir.

Portanto, a situação posta como problema descreve crime de roubo, e, em conclusão, a tese geral a ser fixada é a seguinte: *configura o crime de roubo, na forma do art. 157 do Código Penal e não o furto qualificado previsto no art. 155, § 4º, I do mesmo diploma, o exercício de violência contra a coisa com o fim de subtração de um bem, desde que dela decorra constrangimento físico, ou mesmo psíquico, da vítima de modo a retirar-lhe os meios de defesa, independentemente da ocorrência de dano corporal.*

REFERÊNCIAS

ABREU, Valdir de. **Reflexões sobre a Tipificação dos Crimes de Roubo, Furto e Arre-**

batamento. Revista Forense, v. 152, 1951.

CADOPPI, Alberto *et al.* **Trattato di Diritto Penale - Vol. X: I Delitti contro il Patrimonio.** Turim: UTET, 2011. pp. 1-4.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial nº 1.741.534/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília: STJ, 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>. Acesso em: 29.10.2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial nº 2046906/SP. Brasília: STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>. Acesso em: 29.10.2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). AgRg no Recurso Especial nº 1575763/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília: STJ, 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>. Acesso em: 29.10.2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 107.147/MG, Rel. Min. Rosa Weber. Brasília: STF, 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 29.10.2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 117.819/MG. Brasília: STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 29.10.2024.

O BOLETIM INDICA



Neste número, o Boletim indicia a versão comercial da tese de doutorado da Procuradora Regional da República Anamara Osório Silva intitulada “Jurisdição Internacional e Internet”, lançada em 2022 pela editora Del Rey.

“O livro *Jurisdição Internacional e Internet* (Del Rey, 2022), da Procuradora Regional da República Anamara Osório Silva, atual Secretária de Cooperação Jurídica Internacional da Procuradoria-Geral da República, constitui um marco indispensável nos estudos contemporâneos de Direito Internacional, tanto Público quanto Privado.

A obra é fruto de sua tese de doutorado, defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco), sob minha orientação. A banca contou com os Professores Alexandre de Moraes, André Ramos Tavares, George Galindo, Inez Lopes Farias, Maria Rosa Loula, além do orientador. O livro analisa, com maestria, os desafios jurídicos impostos pela era digital e propõe soluções teóricas e práticas para a complexa questão da jurisdição no contexto transnacional da internet.

Desde as primeiras páginas, a autora demonstra uma profunda compreensão das transformações promovidas pela internet, que dissolvem as tradicionais fronteiras entre o real e o virtual. Esse ambiente digital, caracterizado pela instantaneidade e globalidade das interações, desafia os fundamentos do Direito Internacional Público e Privado, historicamente moldados pelas fronteiras políticas e pelo princípio da territorialidade da jurisdição. Crimes cibernéticos, violações aos direitos de personalidade e outras questões legais emergentes colocam à prova os sistemas jurídicos locais e a capacidade dos Estados de exercerem sua jurisdição de forma eficaz e legítima.

Anamara argumenta que os instrumentos normativos existentes, tanto no plano internacional quanto no nacional, são insuficientes para lidar com a natureza transnacional dos fatos eletrônicos (digitais). Para enfrentar essa lacuna, ela propõe uma teoria geral de jurisdição internacional fundamentada em quatro pilares inovadores: (i) efetividade do Direito Internacional na prevenção e solução de conflitos, impondo a necessidade de uma abordagem integrada para resolver disputas decorrentes das atividades online; (ii) primazia das fontes internacionais sobre normas locais fragmentadas, exigindo harmonização normativa em um ambiente globalizado; (iii) centralidade da proteção dos direitos humanos, que deve ser o critério máximo em qualquer regulação sobre a internet; (iv) governança multissetorial da internet, incorporando a diversidade de atores, desde Estados e organizações internacionais até empresas de tecnologia e a sociedade civil.

A proposta da autora reflete uma visão ousada e necessária, destacando que a dinâmica da internet exige a superação das abordagens estritamente territorialistas e sobe-

ranistas, que já não respondem aos desafios da era digital. Anamara não apenas aponta os problemas, mas também sugere um quadro normativo que equilibra a proteção dos direitos humanos com a funcionalidade técnica das redes.

Além do rigor acadêmico, o texto se destaca pela clareza e acessibilidade. A autora é hábil em manejar tanto a teoria quanto a prática, conciliando a profundidade teórica com exemplos práticos e atuais.

Por fim, *Jurisdição Internacional e Internet* é um convite à reflexão sobre o futuro do Direito em um mundo onde o digital e o físico se entrelaçam de forma irreversível. Anamara Osório Silva oferece uma bússola para navegar nos mares revoltos da transnacionalidade e nos deixa com a esperança de que o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, mesmo desafiados, podem continuar sendo instrumentos de justiça e equilíbrio em tempos de transformação”.

André de Carvalho Ramos

Procurador Regional da República

Professor do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco)





anpr

Associação Nacional
dos Procuradores
da República