

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1161

(Ano XV)

(29/07/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1161



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1161 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 372 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Espelhamento do whatsapp é um meio lícito de obtenção de prova
Eduardo Luiz Santos Cabette e Francisco Sannini, 08.

ARTIGOS

Entre discursos e práticas: a construção do ódio e da violência a pessoas transexuais no Brasil
Benigno Núñez Novo, 16.

A utilização de inteligência artificial pelo Supremo Tribunal Federal
Matheus de Mello Adães e Beatriz Toratti, 36.

Aplicações do princípio da insignificância
Edy Wilson do Prado Pinto, 61.

A ineficiência da legislação para o tráfico de órgãos
Jéssica Tessari da Silva, 77.

O abuso de direito no requerimento da concessão de justiça gratuita
Rodolfo Sumaio dos Santos, 93.

Casamento civil: regime de bens e seus reflexos patrimoniais
Victoria Rodrigues Carlos, 102.

Princípio da insignificância e a sua incidência nos casos de furto famélico
Flávio Matheus Oliveira Melo de Lima, 111.

Tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil
Cesar Alberto Lima Ibarra, 127.

A reforma trabalhista e seus impactos nas relações de trabalho
Claudemir Sidnei Bercei, 139.

A liberdade de expressão nas novas tecnologias comunicativas: bases para regulação.
Leonardo Rodrigues Arruda Coelho, 148.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e os impactos nas pequenas empresas
Igor Eugênio Buso, 192.

Dano moral a pessoa jurídica
Railson Correa da Silva, 203.

Crimes de trânsito causados por embriaguez, dolo eventual ou culpa
Elisvalter Brito De França, 214.

Os limites da liberdade de expressão e as Fake News como uma ameaça à democracia
Valdirene Lemos Luis, 230.

A possibilidade do aborto legal nos casos de stealthing

Daniele Cristina Basilio Cintra, 239.

Alienação parental sob a perspectiva da psicologia e do direito

Rayane Gabriele Sessolo Ferreira, 251.

Direitos da personalidade: a interface com a bioética e biodireito

Rafaela Espinosa Peres, 266.

Fraude à execução na Justiça do Trabalho

Vinicius de Aguiar Morete, 272.

Prêmio ou pena: a (i)legitimidade da colaboração premiada como mecanismo de prova

Igor Mitsuo Sousa Moriyama, 296.

As controvérsias da lei sobre a eutanásia e a dignidade da pessoa humana

Emily Barboza da Silva, 311.

Responsabilidade civil do provedor no ambiente digital

Miriã Camila Barbosa Nascimento, 319.

Medidas preventivas e assistenciais contra o uso de drogas no Brasil.

Gustavo Henrique Martin, 337.

Abusos praticados pelas autoridades policiais e a Lei nº13.869/2019

Beatriz Carmem Molina, 357.

ESPELHAMENTO DO WHATSAPP É UM MEIO LÍCITO DE OBTENÇÃO DE PROVA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em Graduação, Pós-Graduação e cursos preparatórios¹.

FRANCISCO SANNINI^[1]

(coautor)

Diante da notícia de uma possível violação ao ordenamento jurídico-penal, surge a investigação criminal como uma ciência cujo objetivo é a reconstrução do evento supostamente criminoso, viabilizando, assim, a comprovação ou não da infração penal noticiada (*notitia criminis*), bem como a sua respectiva autoria.

Justamente por isso, a investigação criminal precisa ser compreendida e analisada sob seu aspecto científico, demonstrando que a apuração de infrações penais não se desenvolve de forma aleatória e atécnica, exigindo, pelo contrário, conhecimentos específicos imprescindíveis ao “esclarecimento constitucional” do fato apurado, vale dizer, sua elucidação nos limites impostos pela Constituição da República e demais atos normativos^[2]. Como bem apreendido por SANTOS:

Constitui tarefa da investigação criminal manejar elementos observacionais da infração penal, ou seja, os vestígios, os indícios, os rastros, as evidências, então tornam-se relevantes os elementos espaciais, causais e modais que envolvem a comissão delitiva, para com isso desenvolver estratégias pragmáticas para a descoberta do ato criminoso e para a recolha e interpretação destes elementos materiais deixados pelo autor, ainda na fase evanescente da fenomenologia criminal, contudo, numa acepção preventivista é possível interpretar os sinais deixados para possibilitar o desenvolvimento de procedimento investigatório que evite a consumação delitiva.^[3]

Percebe-se, portanto, que a investigação criminal é uma ciência pautada pelo ordenamento jurídico, que estabelece o *objeto* de apuração (crime ou contravenção

¹ E-mail: cabette@uol.com.br

penal), a *forma* de apuração (ex: Termo Circunstanciado, Inquérito Policial, Procedimento de Apuração de Ato Infracional, Inquérito Policial Militar etc.) e os seus *limites* (ex: não se admite a obtenção de prova por meio de tortura).

Por isso é preciso superar a falsa dogmática dicotômica da verdade formal e verdade real no processo. Atualmente assume-se que “a verdade almejada pelo processo é uma ‘verdade processual’, ou seja, ‘uma verdade judicial, obtida por um método processualmente legítimo’ e que ‘nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza’”. [4]

Tendo em vista que se trata de uma atividade estatal que, não raro, limita direitos e garantias fundamentais, a investigação deve, necessariamente, desenvolver-se em conformidade com o Direito, pois todo elemento de prova identificado ilegalmente estará comprometido e poderá colocar em risco a própria consecução da justiça.

É mister consignar nesse ponto que a investigação criminal é limitada pelo ordenamento jurídico, mas os métodos utilizados ao longo da apuração, bem como a sequência das diligências a serem realizadas, não encontram completa regulamentação legal, cabendo à autoridade responsável determinar, discricionariamente, a forma como ela irá se desenvolver.

Isso significa que o procedimento investigatório não é uniforme e nem poderia ser diante das especificidades de cada *notitia criminis*. Cabe, reitera-se, ao titular da investigação a definição dos métodos adotados, das técnicas implementadas e, de um modo geral, selecionar os caminhos a serem trilhados visando o *esclarecimento constitucional dos fatos*. Aqui, uma vez mais, invocamos a doutrina de PEREIRA:

Embora a lei não estabeleça o método de investigação *necessário*, deixando assim, em princípio, abertas todas as possibilidades que se possam extrair das ciências em geral, há certos âmbitos de atuação em que nenhum método pode adentrar, por exclusão legal absoluta, e outros para os quais há uma necessária forma legal sem a qual não se pode investigar. Em outro sentido, contudo, embora não exista um método legal de investigação, há um método legal de demonstração obrigatório, ao se exigir a prova do objeto, uma instrumentalização do conhecimento alcançado, que permita a *verificação* do que se afirma sobre o crime e sua autoria.^[5]

Vale lembrar que *a prova pode ser feita por todos os meios legais e morais, ainda que não legalmente previstos*, conforme previsão encontrável no artigo 369, CPC, aplicável ao caso sob discussão por integração (inteligência do artigo 3º., CPP) e em conjunto com

o artigo 155, Parágrafo Único, CPP que somente estabelece restrições à prova no Processo Penal no que tange ao “estado das pessoas”, bem como o artigo 158, CPP que se refere ao limite probatório do corpo de delito e ainda o limite temporal para leitura de documentos e apresentação de objetos não juntados no Plenário do Júri, nos termos do artigo 479, CPP. No mais, lembrando o ensinamento de Larenz quanto a constituírem os Princípios a conformação de uma “consciência jurídica geral ou de ideias diretrizes”, é preciso destacar que vige no Processo o chamado “Princípio da Liberdade da Prova”. [6]

Leciona Bonfim “que o rol de meios de prova admissíveis é aberto”, podendo as partes “optar por meios de prova não especificados em lei”. Disso também se conclui que inexistente “um rol de provas consideradas ilícitas *a priori*”. A análise da licitude ou ilicitude se faz concretamente e casuisticamente, perscrutando se o meio de prova utilizado, ou que se pretenda usar, ofende ou não “o ordenamento jurídico ou a esfera do moralmente aceitável”. [7]

Não sem razão classifica a doutrina os meios de prova em “Legais ou Nominados” (aqueles previstos expressamente na legislação processual) e “Inominados” (aqueles que, embora não previstos expressamente na legislação processual podem ser lícita e moralmente utilizados pelos interessados). [8]

Nesse cenário, considerando que as ciências em geral podem colaborar com a investigação penal, pode-se afirmar que, ao menos em princípio, qualquer medida que viabilize a obtenção de elementos informativos é admitida, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer os limites do Poder Investigativo estatal por meio da interpretação das normas legais e constitucionais.

De maneira ilustrativa, podemos citar alguns métodos de apuração de infrações penais que não encontram expressa previsão legal. A obtenção de dados telefônicos, por exemplo, não é regulamentada pelo nosso legislador, razão pela qual se discute se tais informações dependem ou não de prévia autorização judicial. A mesma discussão abrange a técnica da gravação ambiental ou telefônica (clandestina), que também não é perfeitamente regulamentada por lei. Ainda mais emblemático é o caso objeto principal deste estudo, envolvendo o chamado *espelhamento do whatsapp*, analisado pelo Superior Tribunal de Justiça no Informativo nº 640.

Na hipótese em apreço, policiais civis envolvidos em uma investigação apreenderam o aparelho celular do suspeito por um curto período, ocasião em que realizaram o *espelhamento* do seu *whatsapp* com o computador da Delegacia de Polícia e passaram a acompanhar, em tempo real, todas as suas comunicações. Mister salientar, ainda, que a adoção deste método de apuração foi precedida de autorização judicial.

Contudo, ao analisar o caso, o STJ se posicionou pela ilicitude do procedimento e, conseqüentemente, das provas obtidas. Em linhas gerais, afirmou-se que a técnica utilizada constituiria um meio híbrido de obtenção de provas, uma verdadeira mistura entre interceptação telemática e quebra de sigilo de dados telefônicos. Destarte, considerando que não existe previsão legal para o referido método, a prova obtida não poderia ser admitida:

Em termos técnico-jurídicos, o espelhamento seria melhor qualificado como um tipo híbrido de obtenção de prova consistente, a um só tempo, em interceptação telefônica (quanto às conversas *ex nunc*) e em quebra de sigilo de e-mail (quanto às conversas *ex tunc*). Não há, todavia, ao menos por agora, previsão legal de um tal meio de obtenção de prova híbrido. Por fim, ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, o espelhamento via QR Code depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da autoridade policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito.^[9]

Particularmente, sempre nos posicionamos de forma contrária a este entendimento, sobretudo porque a ausência de previsão legal não pode inviabilizar a adoção de um meio eficaz de obtenção de prova. Se assim fosse, as provas obtidas por meio da quebra de dados telefônicos ou de localização e até a gravação clandestina jamais poderiam ser consideradas lícitas.

Mas no caso específico do espelhamento do *whatsapp*, diferentemente do referido precedente do STJ, entendemos que a medida encontra, sim, previsão legal, tratando-se de uma técnica mista de investigação, que conjuga diversos meios de obtenção de prova, quais sejam: interceptação telefônica/telemática, quebra de dados telefônicos, ação controlada e infiltração virtual de agentes.

Nesse sentido, aliás, foi a decisão do Min. Reynaldo Soares da Fonseca:

Nesse ponto reside a permissão normativa para quebra de sigilo de dados informáticos, na hipótese, e, de forma subsequente, para permitir a interação, a interceptação e a infiltração do agente, inclusive pelo meio cibernético, consistente no espelhamento do Whatsapp Web. A lei de interceptação, em combinação com a Lei das

Organizações Criminosas, na hipótese, outorga legitimidade (legalidade) e dita o rito (regra procedimental), a mencionado espelhamento, em interpretação progressiva, em conformidade com a realidade atual, para adequar a norma à evolução tecnológica. (...)

Pode, desta forma, o agente policial valer-se da utilização do espelhamento pela via do software Whatsapp Web, desde que respeitados os parâmetros de proporcionalidade, subsidiariedade, controle judicial e legalidade, calcado pelo competente mandado judicial, como ocorrido na hipótese presente. De fato, como já asseverado supra, a Lei n. 9.296/1996, que regulamenta as interceptações, conjugada com a Lei n. 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), outorgam substrato de validade processual às ações infiltradas no plano cibernético, desde que observada a cláusula de reserva de jurisdição.[10]

De fato, a técnica do espelhamento do *whatsapp* muitas vezes pode servir como o único meio de obtenção de prova cabível ao caso concreto, notadamente diante do recurso denominado “modo temporário”, em que as mensagens enviadas e recebidas pelo usuário se apagam automaticamente dentro de 24 horas.

Em acréscimo, destacamos que em nosso sentir a medida também encontra respaldo no artigo 8º-A, da Lei 9.296/96, que nos apresenta o regime jurídico da Captação Ambiental. Isto, pois, o aplicativo *Whatsapp* permite a criação de um verdadeiro “ambiente virtual”, materializado em grupos privados onde conteúdos criminosos de todos os tipos podem ser compartilhados pelos seus integrantes.

Por meio da técnica do espelhamento do aplicativo, a polícia forja as condições necessárias para acompanhar, passivamente, as comunicações de caráter criminoso desenvolvidas nesse ambiente virtual, conjugando, principalmente, a Captação Ambiental com a Infiltração Virtual.

Registre-se, ademais, que sob tais premissas as críticas expostas ao espelhamento do *Whatsapp* no Informativo 640, do STJ, no sentido de que a medida dependeria da abordagem policial, apreensão do aparelho celular e posterior devolução ao investigado, sendo tudo realizado sem qualquer menção à ação constritiva, perderiam seu sentido. Afinal, a diligência estaria amparada pelo §2º, do artigo 8º-A, da Lei 9.296/96, que prevê a possibilidade de a instalação do dispositivo de captação ambiental ser realizada por meio de “operação policial disfarçada”. Como se pode perceber, toda a ação da polícia no caso em análise tinha por foco viabilizar, de forma disfarçada, o espelhamento do *Whatsapp* do investigado, viabilizando, destarte, a “captação ambiental virtual”.

Ademais, adotando a Lei 9.2996/96 uma redação ampla ao referir-se às comunicações telefônicas de “qualquer natureza”, bem como fazendo menção ao “fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”, empresta à legislação uma redação aberta à chamada “interpretação progressiva”, a qual, independentemente de alteração do texto, é capaz de acompanhar a evolução social e científico – tecnológica, como, aliás, não poderia deixar de ser no caso de uma normativa que trata de comunicações, informática e telemática, sob pena de reduzir a lei a uma utilidade com prazo de validade marcado e curtíssimo, já que essas áreas são das mais dinâmicas e inovadoras. Cabe ao aplicador e intérprete da norma não se deixar prender nas redes de uma interpretação rígida e incompatível com o espírito da lei, bem como com a natureza da matéria tratada. É realmente impressionante que nossos Tribunais ainda tenham essa dificuldade em lidar com normas de “interpretação progressiva” em pleno século XXI, diante de sociedades complexas e cambiantes.

Já adotamos esse posicionamento pela interpretação ampla e progressiva em nosso “Tratado de Legislação Especial Criminal”, invocando os escólios de Luiz Flávio Gomes e de Paulo Rangel: [11]

Neste tópico, alinhamo-nos com Luiz Flávio Gomes[12], o qual após ponderar sobre a desatualização das normas vigentes sobre telecomunicações (Lei 4.117, de 27.08.62 e Decreto 64.469, de 06.05.69), conclui que

a telefonia hoje, em suma, conta com um conceito muito mais amplo que o constante da lei de 1962. A locução 'comunicação telefônica', em consequência, está enriquecida. Não é simplesmente a conversação dos provectoros anos sessenta, senão a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia estática ou móvel (celular).

Não destoam a orientação de Paulo Rangel[13], senão vejamos:

(...) não estamos mais vivendo o conceito primitivo de telefonia adotado pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4117/62). A interpretação progressiva, bem como o princípio da atualidade devem ser chamados pelo intérprete da norma. Ou seja, há que se adequar a norma constitucional à realidade tecnológica atual.

Sem embargo do exposto, o que nos parece mais relevante nessa discussão é o afastamento da ilicitude da prova com base no princípio da exceção da boa-fé. De acordo com a tese concebida pela Suprema Corte Norte-Americana, no caso *United States v. Leon*,

de 1984, o princípio da vedação das provas ilícitas foi desenvolvido para evitar abusos por parte da polícia e não dos magistrados. Assim, se um juiz determinasse a realização de busca e apreensão sem que houvesse causa provável (fundada suspeita), não se poderia falar em ilicitude da prova, uma vez que a ação policial foi respaldada por mandado judicial e os policiais confiavam na legalidade da medida.

A ideia é a de que, em havendo ordem judicial, a medida é implementada pela polícia de forma lícita, pautando-se na análise jurídica feita pelo juízo competente. O que a lei busca sancionar com a ilicitude da prova, são ações policiais abusivas e que se desenvolvem às margens do ordenamento jurídico.

Contudo, insistimos, se a medida investigativa adotada foi autorizada pelo juízo competente por meio de decisão fundamentada, não há que se falar na ilicitude daquela prova, especialmente quando se tratar de uma técnica não prevista expressamente em lei, o que pode suscitar divergência na jurisprudência, como estamos constatando no caso do espelhamento do *Whatsapp*.

Nesse cenário, defendemos a licitude das provas obtidas com respaldo em decisões judiciais devidamente fundamentadas, pois, do contrário, haveria uma enorme insegurança jurídica durante a investigação criminal, o que compromete a persecução penal como um todo, fazendo com que toda a máquina estatal seja movida e focada em determinadas provas que, ao final, poderão ser declaradas ilícitas.

Evidentemente, se a palavra final do Poder Judiciário, por meio do STF, for pela ilicitude da prova, então a partir desta decisão a técnica investigativa não mais poderia ser implementada, gerando efeito *ex nunc*, sem prejudicar as persecuções penais já deflagradas e que adotaram a medida controversa de boa fé.

NOTAS:

[1] Mestre em Direitos Difusos e Coletivos e pós-graduado com especialização em Direito Público. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor da Pós-Graduação em Segurança Pública do Curso Supremo. Professor do Damásio Educacional. Professor do QConcursos. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo.

[2] Para um estudo mais completo, sugerimos: SANNINI, Francisco. *Delegado de Polícia e o Direito Criminal – Teoria Geral do Direito de Polícia Judiciária*. Leme, SP. Mizuno:2021.

[3] SANTOS, Célio Jacinto dos. *Investigação Criminal Especial*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013. p. 85/86.

[4] NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Princípios do Processo e outros temas processuais*. Volume I. Taubaté: Cabral, 2003, p. 109. O autor ainda traz à colação o escólio no mesmo diapasão de Ada Pellegrini Grinover.

[5] PEREIRA, Eliomar da Silva. op. cit., p. 26.

[6] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 599. Sobre o "Princípio da Liberdade da Prova", obedecido o critério da licitude: Cf. : MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 482.

[7] BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 421. No mesmo sentido, quanto à relação não exaustiva das provas no CPP: MARCÃO, Renato, Op. Cit., p. 474. "In verbis": "As modalidades probatórias listadas no CPP não são exaustivas, mas apenas exemplificativas".

[8] REIS, Alexandre Cebrian Araújo, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Processual Penal*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 272.

[9] STJ, RHC 99.735/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 12.12.2018.

[10] STJ, Agravo em REsp nº 2.257.960/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. j. 16.05.2023.

[11] CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 3ª. ed. Leme: Mizuno, 2023, p. 457/458.

[12] GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: RT, 1997, p. 98/100.

[13] RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a lei 9296/96 - Interceptação Telefônica. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/195/breves-consideracoes-sobre-a-lei-9296-96-interceptacao-telefonica> , acesso em 12.07.2023.

ENTRE DISCURSOS E PRÁTICAS: A CONSTRUÇÃO DO ÓDIO E DA VIOLÊNCIA A PESSOAS TRANSEXUAIS NO BRASIL

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, com o título de doutorado reconhecido pela Universidade de Marília (SP), mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessor de gabinete de conselheiro no TCE/PI.²

RESUMO: Este artigo tem por objetivo fazer uma análise sobre os discursos e práticas para a construção do ódio e da violência a pessoas transexuais no Brasil, sendo o país que mais mata transexuais no período de 2008 a 2021. O problema a ser levantado é porque o Brasil é um país tão intolerante, violento e é o que mais mata mulheres transexuais e travestis no mundo. Tendo como objetivo geral investigar a intolerância e a violência no Brasil contra as mulheres transexuais e travestis. Objetivos específicos identificar a construção e prática do ódio a pessoas transexuais no Brasil; Verificar a evolução cronológica da legislação internacional e nacional brasileira de proteção para transexuais ao longo dos tempos e a conexão com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos; Descrever as possíveis soluções por parte do estado e da sociedade para combater a intolerância e a violência contra mulheres transexuais e travestis no Brasil. Pesquisa qualitativa, exploratória, documental e bibliográfica com o levantamento de dados através de entidades nacionais e internacionais, ONGs, movimentos trans e organizações da sociedade civil que catalogam e produzem dossiês, levantamentos sobre a violência e o ódio as mulheres transexuais e travestis no Brasil, tendo em vista que órgãos governamentais brasileiros não fazem levantamento e catalogação de dados referentes a esta categoria social. O trabalho partiu da exposição de dados, a definição da pessoa transexual, a explicação histórica para que o Brasil seja líder em violência contra travestis e mulheres trans, a construção e prática do ódio a pessoas transexuais no Brasil, a evolução cronológica da legislação internacional e nacional brasileira de proteção para transexuais ao longo dos tempos e a conexão com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

² E-mail: benignonovo@hotmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Transexuais; Ódio; Violência; Tolerância; Dignidade humana.

ABSTRACT: This article aims to analyze the discourses and practices for the construction of hatred and violence against transsexual people in Brazil, being the country that kills the most transsexuals in the period from 2008 to 2021. The problem to be raised is because Brazil it is such an intolerant, violent country and is the one that kills most transgender and transvestite women in the world. With the general objective of investigating intolerance and violence in Brazil against transgender and transvestite women. Specific objectives to identify the construction and practice of hatred towards transsexual people in Brazil; To verify the chronological evolution of the Brazilian international and national legislation for the protection of transsexuals over time and the connection with the international system for the protection of human rights; To describe possible solutions by the state and society to combat intolerance and violence against transgender and transvestite women in Brazil. Qualitative, exploratory, documentary and bibliographic research with data collection through national and international entities, NGOs, trans movements and civil society organizations that catalog and produce dossiers, surveys on violence and hatred towards transsexual and transvestite women in Brazil, considering that Brazilian government agencies do not survey and catalog data referring to this social category. The work started from the exposition of data, the definition of the transsexual person, the historical explanation for Brazil to be a leader in violence against transvestites and trans women, the construction and practice of hatred towards transsexual people in Brazil, the chronological evolution of international legislation and Brazilian national protection for transsexuals over time and the connection with the international system for the protection of human rights.

KEYWORDS: Transsexuals; Hatred; Violence; Tolerance; Human dignity.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar los discursos y prácticas para la construcción del odio y la violencia contra las personas transexuales en Brasil, siendo el país que más mata transexuales en el período de 2008 a 2021. El problema a ser planteado es porque Brasil es un país intolerante, violento y es el que más mujeres transgénero y travestis mata en el mundo. Con el objetivo general de investigar la intolerancia y la violencia en Brasil contra las mujeres transgénero y travestis. Objetivos específicos para identificar la construcción y práctica del odio hacia las personas transexuales en Brasil; Verificar la evolución cronológica de la legislación nacional e internacional brasileña para la protección de los transexuales a lo largo del tiempo y la conexión con el sistema internacional de protección de los derechos humanos; Describir posibles soluciones por parte del Estado y la sociedad para combatir la intolerancia y la violencia contra las mujeres transgénero y travestis en Brasil. Investigación cualitativa, exploratoria, documental y bibliográfica con recolección de datos a través de entidades nacionales e internacionales, ONG, movimientos trans y organizaciones de la sociedad civil que catalogan y producen

dossiers, encuestas sobre violencia y odio hacia las mujeres transexuales y travestis en Brasil, considerando que las agencias gubernamentales brasileñas no No encuestar y catalogar datos referentes a esta categoría social. El trabajo partió de la exposición de datos, la definición de la persona transexual, la explicación histórica para que Brasil sea líder en violencia contra travestis y mujeres trans, la construcción y práctica del odio hacia las personas transexuales en Brasil, la evolución cronológica de las legislación y protección nacional brasileña para transexuales a lo largo del tiempo y la conexión con el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Transexuales; Odio; Violencia; Tolerancia; Dignidad humana.

INTRODUÇÃO

O discurso de ódio é considerado um tipo de violência verbal, e a sua base é a não aceitação das diferenças, ou seja, a intolerância. Ataques à população LGBTQIA+ fazem do Brasil um país intolerante e o que mais mata mulheres trans e travestis no mundo. O Brasil continua sendo o país que registrou a maioria dos assassinatos (125), seguido pelo México (65) e pelos Estados Unidos (53). Os dados mostram que um total de 4.042 pessoas trans e de gênero diverso foram assassinadas entre 1º de janeiro de 2008 e 30 de setembro de 2021.

Dossiê organizado por Benevides e Nogueira (2022)³ mostra que o Brasil em 2021 segue na liderança do ranking mundial de assassinatos de pessoas trans no mundo, posição que ocupa desde 2008, conforme dados internacionais da ONG Transgender Europe (TGEU)⁴. Entre outubro de 2020 e setembro de 2021 foram registrados 375 assassinatos no mundo, o que representa um aumento de 7% em relação ao ano anterior. As maiores vítimas de transfeminicídio são mulheres. De acordo com o documento da Transgender Europe, 96% das pessoas assassinadas em todo o mundo eram mulheres trans ou pessoas transfeminadas; 58% das pessoas trans assassinadas eram profissionais do sexo; a idade média das pessoas assassinadas é de 30 anos; 36% dos homicídios ocorreram na rua e 24% na própria residência.

Pela primeira vez nesta série histórica, a maior concentração dos assassinatos foi observada na região Sudeste, com 49 assassinatos (35% dos casos). Em seguida, vemos a região Nordeste, com 47 casos (34%) casos; a região Centro-oeste com 15 (11%) assassinatos; o Norte, com 14 (10,5%) casos; e o Sul com 13 (9,5%) assassinatos. Em 2021,

³ ANTRABRASIL. Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021/Bruna G. Benevides (Org). Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022.

⁴ ONG Transgender Europe (TGEU). Mapa de direitos trans 2021 documenta perda alarmante de direitos trans. Disponível em: <<https://tgeu.org/trans-rights-map-2021/>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

o Nordeste apresentou queda, enquanto as demais regiões apresentaram aumento no número de casos, com destaque para o Sudeste que vem aumentando desde 2018⁵.

Os primeiros dias do ano a sociedade foi surpreendida com um caso de assassinato violento, contendo requintes de crueldade e uso excessivo de força contra a uma jovem trans de 13 anos de idade. Observamos com perplexidade diversos casos de pessoas trans vítimas de abordagens vexatórias, humilhantes e que incluíram tortura por parte de agentes de segurança pública. Assim como casos em que travestis e mulheres trans tiveram seus corpos incendiados ainda vivas, denunciando o quanto o ritual macabro em torno do fogo, em moldes medievais que lembram a queima às bruxas, reaparece com maior recorrência, na violência contra pessoas trans⁶.

Partindo desta explanação, este trabalho levanta o seguinte problema: porque o Brasil é um país tão intolerante e é o que mais mata mulheres transexuais e travestis no mundo?

O objetivo geral é o seguinte: Investigar a intolerância e a violência no Brasil contra as mulheres transexuais e travestis. Os objetivos específicos são: Identificar a construção e prática do ódio a pessoas transexuais no Brasil; Verificar a evolução cronológica da legislação internacional e nacional brasileira de proteção para transexuais ao longo dos tempos e a conexão com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos; Descrever as possíveis soluções por parte do estado e da sociedade para combater a intolerância e a violência contra mulheres transexuais e travestis no Brasil.

A pesquisa é qualitativa, exploratória, documental e bibliográfica se deu através de entidades nacionais e internacionais, ONGs, movimentos trans e organizações da sociedade civil que catalogam e produzem dossiês, levantamentos sobre a violência e o ódio as mulheres transexuais e travestis no Brasil visando à busca de solução para o problema, tendo em vista que os órgãos governamentais brasileiros não fazem levantamento e catalogação de dados referentes a esta categoria social.

1. A CONSTRUÇÃO E PRÁTICA DO ÓDIO A PESSOAS TRANSEXUAIS NO BRASIL

5 ANTRABRASIL. Mapa dos Assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2021. Disponível em: <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

6 ANTRABRASIL. Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021/Bruna G. Benevides (Org). Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022.

O indivíduo transexual alinha-se ao subgrupo da comunidade transgênera (DIAS, 2015)7:

“Transgêneros, termo ‘guarda-chuva’ que, na lição de Suiama, incorporando definições de várias fontes, pretende abranger todas as identidades e práticas que cruzam, cortam, movem-se entre, ou de qualquer forma desafiam as fronteiras socialmente contribuídas entre sexo e gênero, incluindo transexuais em processo de transição ou já submetidos a procedimentos de transgenitalização, transexuais que optam por não se submeter a procedimentos de reconstrução genital, travestir, cross dressers masculinos e femininos e demais pessoas cuja expressão de gênero conflita com o sexo anatômico.

Em suma, são indivíduos nos quais a identidade de gênero não apresenta congruência com seu sexo biológico, observada na maioria dos indivíduos.

Progressivamente as identidades transgêneras têm se tornado mais sutis, complexas, muitas vezes incompatíveis com as divisões binárias e estereotipadas de gênero, desafiando dessa maneira soluções propostas baseadas na patologização das transgressões de gênero, o que resulta na necessidade de estratégias amplas para incluir todas estas possibilidades.

A explicação para o Brasil ser líder em violência contra travestis e mulheres trans (VEIGA, 2021)8:

"Toda essa violência a que travestis e mulheres trans estão submetidas no Brasil deve-se à nossa herança colonial, que coloca o homem como centro de referência de tudo, gerando uma sociedade patriarcal, baseada no machismo e na violência de gênero. Então, essa violência é uma violência de gênero, tanto mais quando rompemos com a expectativa da binaridade de gênero", argumenta a geógrafa Sayonara Nogueira, diretora do Instituto Brasileiro Trans de Educação (IBTE).

7 DIAS, Rodrigo Bernardes. Estado, sexo e direito. São Paulo. SRS Editora; ed. 2015, p. 331-332.

8 VEIGA, Edison. O que faz o Brasil ser líder em violência contra pessoas trans. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/o-que-faz-o-brasil-ser-l%C3%ADder-em-viol%C3%AAncia-contra-pessoas-trans/a-58122500>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

Como aponta a pesquisadora Sonia Corrêa, em entrevista para o portal Conectas⁹:

“Na América Latina como um todo, e no Brasil em particular, é no campo da educação onde o ataque ao gênero tem um efeito mais extenso e profundo. No Brasil, desde 2014 proliferam legislações antigênero na educação nos níveis estaduais e municipais. Desde 2015, vários projetos têm sido apresentados no Congresso Nacional. Seis deles criminalizam a difusão e a propagação de “ideologia de gênero”. Isso significa que em todos os lugares em que exista a perspectiva de gênero e sexualidade como parte de uma agenda democrática de educação, secretárias/os, diretoras/es de escolas, professoras/es poderão ser criminalizados. Outro campo em que hoje desde 2019 a ideologia antigênero está instalada é a política externa. Como se sabe, o Brasil tem assumido posições sistemáticas contra o uso do termo gênero em negociações internacionais e essa pauta de política externa é obscura. A ABGLT [Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais] fez uma ação junto ao STF [Supremo Tribunal Federal] para conseguir acesso a seu conteúdo. O núcleo duro da ideologia antigênero do governo Bolsonaro está situado na interseção entre o Itamaraty, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e o Ministério da Educação. Em especial, o ministro de relações exteriores e a ministra Damare Alves deixaram isso muito claro ao longo do último ano. Ou seja, as posições antigênero estão hoje traduzidas em políticas públicas e em diretrizes estatais. Não se trata apenas de um discurso de agitação política usado pelas bases bolsonaristas.

A violência contra as pessoas trans, em particular as mulheres trans, resulta de uma combinação de fatores: exclusão, discriminação e violência na família, nas escolas e na sociedade em geral; falta de reconhecimento de sua identidade de gênero; participação em ocupações que os colocam em maior risco de violência; e alta criminalização. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) expressou sua preocupação com a juventude das vítimas trans: Expectativa de vida de mulheres trans segundo organizações latino-americanas 80% das mulheres trans que foram assassinadas tinham 35 anos de idade ou menos, Registro de Violência 90% das mulheres trans participam de trabalho

9 Conectas. Entrevista: A ofensiva antigênero como política de Estado. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/ofensiva-antigenero-politica-estado#:~:text=Na%20Am%C3%A9rica%20Latina%20como%20um,sido%20%20apresentados%20no%20Congresso%20Nacional>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

sexual. Existem certos atos específicos de violência presentes em muitos dos ataques contra mulheres trans: golpes direcionados aos seus seios; piercings de implantes mamários de silicone, que fazem com que os implantes vazem substâncias tóxicas para o corpo; mutilação genital, incluindo castração após a morte¹⁰.

2. A EVOLUÇÃO CRONOLÓGICA DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E NACIONAL BRASILEIRA DE PROTEÇÃO PARA TRANSEXUAIS AO LONGO DOS TEMPOS E A CONEXÃO COM O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965)

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial foi adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, tendo sido ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968.

DECRETO Nº 65.810, DE 8 DE DEZEMBRO DE 1969¹¹.

Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.

Através da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial buscam-se proteger os valores da igualdade e tolerância, baseados no respeito à diferença. Consagra-se a ideia de que a diversidade étnica-racial deve ser vivida como equivalência e não como superioridade ou inferioridade.

ARTIGO I

1. Na presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.

¹⁰ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

¹¹ BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 15 ago. 2021.

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)¹².

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, doravante denominada Convenção da Mulher, em vigor desde 1981, é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher, ratificada pelo Brasil em 1984. A Convenção fundamenta-se na dupla obrigação de eliminar/erradicar a discriminação e a de assegurar/garantir a igualdade.

PARTE I

Artigo 1º

Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Os artigos I e XXV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante "a Declaração Americana" ou "Declaração") e os artigos 5 e 7 da Convenção Americana protegem o direito à segurança pessoal, o direito à integridade pessoal e o direito de toda pessoa a não ser submetida a detenções arbitrárias e ilegais. Além disso, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, adotada pela Assembleia Geral da OEA em 1985 e ratificada por 18 Estados Membros, estabelece as obrigações dos Estados de prevenir, investigar, punir e reparar atos de tortura. Segundo este tratado, os Estados Partes devem adotar medidas para enfatizar a proibição da tortura em capacitações de agentes da polícia e de outros funcionários públicos responsáveis pela custódia de pessoas privadas de liberdade, de forma provisória ou definitiva em interrogatórios, detenções ou capturas. (BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos)¹³.

¹² BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 15 ago. 2021.

¹³ Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 ago. 2021.

A CIDH recebeu relatórios de várias organizações sobre casos em que agentes da polícia não só agem com violência, mas também incitam outras pessoas a atacar pessoas LGBT, ou são indiferentes diante da violência praticada por terceiros contra aquelas pessoas. Por exemplo, conforme denunciado, policiais teriam participado de um ataque grupal a um homem gay na Jamaica, que eventualmente resultou na sua morte. Alega-se que o incidente começou com policiais espancando a vítima com cassetetes, e posteriormente encorajando outras pessoas a espancá-lo. A vítima foi esquartejada, esfaqueada e apedrejada até a morte.

Uma mulher trans em Honduras explicou que procurou ajuda da polícia depois que um cliente bêbado e agressivo a esfaqueou nos braços, pescoço e perna, em setembro de 2011. Ela recorda que: “a polícia não tomou por termo minhas declarações, riam de mim, e me pediram serviços sexuais, apesar de eu dizer que estava ferida e necessitava de ajuda. Eles me disseram que tinha recebido o que eu merecia por estar nas ruas”¹⁴.

Em uma sociedade democrática, os Estados devem proteger a liberdade de expressão e simultaneamente garantir a igualdade e a segurança das demais pessoas. Esta complexa tarefa exige que os Estados, por uma parte, identifiquem e respondam adequadamente a estes incidentes, a fim de garantir efetivamente a integridade e a segurança das pessoas LGBTI. Por outra parte, todas as medidas devem respeitar o direito à liberdade de expressão, conforme o artigo 13 da Convenção Americana. Similar ao artigo 13.1 da Convenção Americana, o artigo IV da Declaração Americana dispõe que “toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”. Apesar desta disposição não enunciar os requisitos que deve ter qualquer restrição a este direito, como ocorre no caso da Convenção Americana, a Comissão historicamente interpretou o alcance das obrigações que impõe a Declaração Americana no contexto mais amplo do sistema internacional e interamericano de direitos humanos desde que esse instrumento foi adotado, e levando em consideração outras normas de direito internacional aplicáveis aos Estados Membros.

De acordo com a Convenção Americana, todos os seres humanos podem gozar e exercer todos os direitos em condições de igualdade, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Conforme determinou a Corte Interamericana, dentro da proibição de discriminação por orientação sexual devem estar incluídas, como direitos protegidos, “as condutas no exercício da homossexualidade”. A Comissão e a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão consideram que esta lógica também deve ser aplicada à expressão da identidade de gênero de uma pessoa. A Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH

¹⁴ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra pessoas LGBTI. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf> >. Acesso em: 15 ago. 2021.

observou que o artigo 13 da Convenção Americana compreende o direito das pessoas de expressar sua orientação sexual e identidade de gênero, e que este tipo de expressão goza de um nível especial de proteção, conforme os instrumentos interamericanos, na medida em que se relaciona com um elemento integral da identidade e da dignidade pessoal.

Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero.

A Convenção Europeia de 1950¹⁵, em seu artigo 14, acolhe a cláusula da proibição da discriminação, ressaltando que “o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou qualquer outra situação”.

Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 2º, 1, e 26)¹⁶, abaixo transcritos:

"ARTIGO 2º

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

ARTIGO 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra

15 Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em:
<https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

16 BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 ago. 2021.

natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação"

Dessa forma, o dispositivo necessariamente abarca, as mulheres e os homens transexuais. É necessário, ainda nessa toada, perquirir pela noção de identidade de gênero a fim de se poder compreender a questão em sua plenitude.

Nesse sentido, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

"(...) como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo".

A Convenção Americana necessariamente abarca os transgêneros. É nesse sentido que a Corte Interamericana firmou em sua opinião consultiva:

"(...) a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de um pessoas à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ ou sua expressão de gênero". (par. 78).

Doze agências da Organização das Nações Unidas publicaram declaração conjunta sobre os direitos da população LGBT (Declaração para Dar Fim à Violência e Discriminação contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex), em setembro de 2015, como mecanismo de promoção da tutela dos direitos fundamentais das pessoas lésbicas, gays,

bissexuais, transgêneros e pessoas intersex. Essa declaração coletiva tem como objeto confrontar a realidade dos abusos dos direitos humanos contra as pessoas LGBTI, os quais têm reflexos nas mais diversas áreas de desenvolvimento dessas pessoas. A declaração ratifica o compromisso dos Organismos Internacionais com a tutela dos direitos fundamentais de grupo minoritário altamente estigmatizado e exposto às mais diversas agressões e violências, sejam elas físicas e/ou psíquicas, que negam o valor da alteridade e da solidariedade. Ademais, faz um chamado aos Estados para que implementem as condições materiais e disciplina jurídica necessárias para a efetiva realização desses direitos fundamentais.

Quanto ao ponto, consta na declaração:

“O fato de não se respeitar os direitos humanos e as pessoas LGBTI, e de não protegê-las contra abusos, como a violência e as leis e práticas discriminatórias, supõe uma grave violação das normas internacionais de direitos humanos e tem um impacto significativo sobre a sociedade, fomentando uma maior vulnerabilidade a doenças, incluindo infecção pelo HIV, exclusão social e econômica, pressão sobre as famílias e comunidades, e também um impacto negativo sobre o crescimento econômico, o trabalho digno e o progresso para alcançar os futuros Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Sob o direito internacional, os Estados têm a obrigação principal de proteger as pessoas diante de situações de discriminação e violência. Por isso, os governos, parlamentos, poderes judiciais e as instituições nacionais de direitos humanos devem tomar medidas urgentes em relação a essa situação. Os líderes políticos, religiosos e comunitários, as organizações de trabalhadores, o setor privado, os profissionais de saúde, as organizações da sociedade civil e os meios de comunicação também têm um papel importante a desempenhar nesse sentido. Os direitos humanos são universais – não se pode invocar práticas e crenças culturais, religiosas, morais e tampouco atitudes sociais para justificar violações de direitos humanos contra grupo algum, incluindo pessoas LGBTI”.

É o que se reconhece no constitucionalismo contemporâneo, ao se insculpir o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio também é reconhecido na

Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas (10.12.1948)¹⁷:

“PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

¹⁷ ONU. Brasil. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

A ASSEMBLÉIA GERAL proclama a presente DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIRETOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo 1.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Constituição Federal Brasileira de 1988¹⁸

A Constituição Federal em seus princípios constitucionais protege de maneira inequívoca e explícita o direito à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana a todos os cidadãos.

Em razão desses princípios que são, inclusive, base dos direitos humanos, é possível compreender que aos transexuais faz jus o respeito de maneira plena e íntegra, assim como aos demais cidadãos, sem sofrerem com qualquer tipo de diferença que prejudique ou menospreze o grupo.

Uma pessoa transexual apresenta uma identidade de gênero diferente da designada no nascimento e, por essa razão, ela deseja viver e ser aceita da forma como ela se sente. Dessa maneira, fica claro que, especialmente com relação aos transexuais, o nome recebido no momento do nascimento, o gênero de registro e demais documentos da vida civil são capazes de gerar sofrimento e constrangimento.

Desde 28 de abril de 2016, o decreto nº 8.727/16 passou a reconhecer que nas repartições e órgãos públicos federais, pessoas travestis e transexuais tenham sua

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessada em: 15 ago. 2021.

¹⁹ BRASIL. Decreto nº 8.727 de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração

identidade de gênero garantida e sejam tratadas pelo nome social. Existem também outras legislações sobre esse direito em estados e municípios.

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73)²⁰, por sua vez, reconhece em seu artigo 55 que as pessoas maiores e capazes têm o direito de alterar seu prenome pelo seu apelido público, ou seja, pelo seu nome de identidade pública (art. 56) situação que os transexuais se enquadrariam.

Contudo, a mesma lei também prevê que a mudança em cartório do nome civil só poderia ocorrer no primeiro ano em que o indivíduo atinge a maioridade desde o momento em que o indivíduo completa 18 anos até o seu aniversário do ano seguinte. Com isso, depois de completar 19 anos a alteração só seria possível por meio de uma ação judicial.

Além disso, é necessário demonstrar uma razão satisfatória que justifique a alteração do nome, fator que enquadra os transgêneros e transexuais que não se identificam com o seu nome de batismo, independentemente de terem se submetido à cirurgia de redesignação sexual ou não.

Ocorre que, especialmente em razão do princípio da imutabilidade do nome e do Código Civil²¹ em seu artigo 1.604 que dispõe que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro", muitos juízes e desembargadores indeferiram pedidos de retificação de nome de transexuais.

Em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF)²² resolveu a situação e determinou com 10 votos a favor e nenhum contra (na ocasião, o ministro Dias Toffoli não participou do julgamento), à luz do princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, que os transexuais têm o direito de mudar o nome social e, inclusive, o gênero no registro civil, mesmo nos casos em que não se submeteram à cirurgia de redesignação sexual.

pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm>. Acesso em: 15 ago. 2021.

²⁰ BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 15 ago. 2021.

²¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 ago. 2021.

²² Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

Resolução N° 348 de 13/10/2020²³

Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou Intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

Resolução N° 366 de 20/01/2021²⁴

Altera a Resolução CNJ n° 348/2020, que estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

No Brasil, ainda não há uma previsão legal específica assecuratória dos direitos dos transexuais. A falta de legislações, que poderiam vir a reduzir o alto índice de homicídios, de suicídios ou de violações de direitos humanos de transexuais no país reforçam essa violência naturalizada. Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei, de autoria do deputado José Fortunato, PL n° 1993 que visa regularizar as questões vitais dos transexuais, como a realização de cirurgia redesignatória e a possibilidade de alteração de nome e sexo, e para fazer a cirurgia, seria necessária a realização em hospitais universitários ou públicos. A cirurgia de redesignação está intimamente ligada ao direito à identidade pessoal, representando um direito fundamental, bem como ligado ao direito ao próprio corpo e seu equilíbrio (estes abarcados pela identidade sexual, que faz parte dos direitos de personalidade).

Diante da ausência de normas proibitivas do casamento de transexuais, este deve ser permitido. O matrimônio pode ocorrer, portanto, com o processo de habilitação, que concederá a alteração de registro civil, e isso ensejando problemas de anulação do casamento por erro essencial sobre a identidade da pessoa, visto que foram preenchidos todos os requisitos legais para sua validade.

A transfobia é um fenômeno comum na vivência da população trans com consequências negativas para o seu bem-estar físico e psicológico, incluindo risco de homicídio e suicídio: uma questão de saúde pública, mental e de direitos humanos. Apesar

23 CNJ. Resolução N° 348 de 13/10/2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

24 CNJ. Resolução N° 366 de 20/01/2021. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3678>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

dos direitos já conquistados, as pessoas transexuais enfrentam batalhas e discriminações todos os dias e ainda estão à margem da sociedade. A invisibilidade dessa população é tão grande que não há, por exemplo, uma política nacional de enfrentamento à LGBTfobia nem uma legislação que criminalize esses crimes de ódio.

CONCLUSÃO

O estado tem o dever de adotar políticas públicas quando se trata de grupos sociais que estão em maior risco, como os transexuais, políticas sociais para inclusão social e a desmistificação do assunto perante a sociedade é essencial. Progredir e inovar nos direitos dos transexuais demonstra-se primordial e urgente, cabendo ao Direito a responsabilidade de resguardar valores e princípios jurídicos, assegurando a todos a honra, a identidade, a privacidade, e sobretudo, a felicidade, que se encontra no respaldo jurídico à dignidade não restando terreno para as diferenças, os preconceitos e o extremismo.

O direito à tolerância é aquele que garante ao seu titular a possibilidade de existir, agir, pensar, falar, viver do modo que achar mais adequado; obviamente, desde que isto não cause prejuízos e nem interfira nas liberdades de outrem. Como afirma a Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais.

A dignidade humana é valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do estado democrático de direito que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa. Trata-se, portanto, de um atributo que o indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, etc. Nos diplomas internacionais e nacionais, a dignidade humana é inscrita como princípio geral ou fundamental. Assim, o Estado deve proteger a dignidade humana.

Aceitar o outro e reconhecer as diferenças é o que nos torna e afirma como seres humanos únicos e amplos. o mundo individual só existe diante do contraste com o mundo do outro. É tempo de ter novas ideias e aceitar o diferente.

REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA

ANTRABRASIL. **Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021**/Bruna G. Benevides (Org). Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022.

ANTRABRASIL. **Mapa dos Assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2021**. Disponível em: <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.** Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 8.727 de 28 de abril de 2016.** Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 29 jan. 2022.

CNJ. **Resolução Nº 348 de 13/10/2020.** Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou

monitorada eletronicamente. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

CNJ. **Resolução Nº 366 de 20/01/2021**. Altera a Resolução CNJ nº 348/2020, que estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3678>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas 2015**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Violência contra pessoas LGBTI**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

Conectas. Entrevista: **A ofensiva antigênero como política de Estado**. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/ofensiva-antigenero-politica-estado#:~:text=Na%20Am%C3%A9rica%20Latina%20como%20um,sido%20%20apresentados%20no%20Congresso%20Nacional>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2022.

DIAS, Rodrigo Bernardes. **Estado, sexo e direito**. São Paulo. SRS Editora; ed. 2015, p. 331-332.

ONG Transgender Europe (TGEU). **Mapa de direitos trans 2021 documenta perda alarmante de direitos trans**. Disponível em: <<https://tgeu.org/trans-rights-map-2021/>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275**. Distrito Federal. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

Trans Murder Monitoring. **ATUALIZAÇÃO DO TVT TMM DIA DE LEMBRANÇA TRANS 2021**. Disponível em: <<https://transrespect.org/en/tmm-update-tdor-2021/>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

VEIGA, Edison. **O que faz o Brasil ser líder em violência contra pessoas trans**. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/o-que-faz-o-brasil-ser-l%C3%ADder-em-viol%C3%AAncia-contra-pessoas-trans/a-58122500>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MATHEUS DE MELLO ADÃES:

Graduado em Direito pela PUC-SP.
Mestrando em Direito pela PUC-SP²⁵.

BEATRIZ TORATTI²⁶

(coautora)

RESUMO: Propõe-se, no presente trabalho, examinar as iniciativas de inteligência artificial desenvolvidas e implementadas pelo Supremo Tribunal Federal até o momento, a fim de verificar, principalmente, sua capacidade de solucionar os problemas a que se propõem. Para atingir este objetivo, parte-se da análise do histórico da utilização de tecnologia pelo Poder Judiciário brasileiro. Em seguida, são trazidas noções preliminares de inteligência artificial, incluindo seu conceito, funcionamento, vantagens, desafios e atuação nos Tribunais brasileiros. O trabalho prossegue com a efetiva análise das ferramentas de inteligência artificial implementadas pelo Supremo Tribunal Federal até o momento, quais sejam, o Projeto Victor e a RAFA 2030, modelos com grande potencial de otimizar o trabalho da Corte. Serão analisadas suas principais características e funcionamento, os problemas que buscam solucionar e se efetivamente vêm cumprindo as expectativas do Supremo Tribunal Federal. Finalmente, conclui-se o trabalho com a síntese do quanto exposto, constatando-se que a tendência de que as referidas ferramentas sejam consolidadas na Corte e cada vez mais aprimoradas, abrindo caminhos ao desenvolvimento de novas iniciativas de inteligência artificial com potencial de tornar o Supremo Tribunal Federal cada vez mais eficiente.

Palavras-chave: Tecnologia. Inteligência artificial. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Agenda 2030. Projeto Victor. RAFA 2030.

1. Introdução

O presente trabalho pretende se ocupar das iniciativas de inteligência artificial desenvolvidas e implementadas pelo Supremo Tribunal Federal até o momento, a fim de verificar, principalmente, sua capacidade de solucionar os problemas a que se propõem.

Com efeito, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal vem mergulhando em iniciativas tecnológicas com a finalidade de aumentar a eficiência e a transparência da

²⁵ matheusmelloa@gmail.com

²⁶ Graduada em Direito pela PUC-SP. Mestranda em Direito pela FADUSP

Corte, além de expandir o acesso à justiça e colaborar com um desenvolvimento sustentável.

Na figura de instituição central e mais alta Corte do país, o Supremo Tribunal Federal vem incentivando outros Tribunais a desenvolverem sistemas de inteligência artificial, também a fim de resolver, ou ao menos mitigar, o problema da ineficiência causado pela sobrecarga e morosidade no trâmite processual.

As ferramentas implementadas pelo Supremo Tribunal Federal até o momento, quais sejam, o Projeto Victor e a RAFA 2030, são modelos altamente competentes e com grande potencial de otimizar o trabalho da Corte – e, de fato, como se verá, os resultados preliminares são bastantes satisfatórios.

Inicialmente, antes de se adentrar à análise efetiva dos referidos sistemas de inteligência artificial, traçaremos um breve histórico da utilização de tecnologia pelos Tribunais brasileiros, a começar pela digitalização dos processos, até chegar no desenvolvimento e implementação de iniciativas de inteligência artificial – situação que já é realidade em mais da metade dos Tribunais, atualmente considerada como requisito essencial ao desenvolvimento das atividades do Poder Judiciário.

Ato contínuo, sem pretensão de esgotar temas, trataremos noção preliminares e essenciais de inteligência artificial e como essa tecnologia vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário brasileiro, além dos desafios que a sua utilização traz consigo. Busca-se, com isso, tecer um panorama geral do tema e estabelecer uma base para investigar as iniciativas de inteligência artificial desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, examinaremos as minúcias do Projeto Victor e da RAFA 2030, a fim de verificar suas principais características e funcionamento, os problemas que buscam solucionar e se efetivamente vêm cumprindo as expectativas do Supremo Tribunal Federal.

2.A tecnologia e os Tribunais brasileiros: breve histórico.

Antes de adentrar à análise da utilização de inteligência artificial pelo Supremo Tribunal Federal, escopo deste trabalho, faz-se mister traçar um breve histórico da utilização da tecnologia pelos Tribunais brasileiros.

Desenhando um panorama geral, é possível afirmar que a justiça brasileira passou por três importantes marcos no que diz respeito à utilização de tecnologia nos Tribunais,

quais sejam, a digitalização dos processos, a desmaterialização dos procedimentos e a automação das tarefas por meio da inteligência artificial.²⁷

A primeira etapa foi marcada pela digitalização dos processos que passaram do formato físico para o digital e eletrônico, com a promessa de trazer maior celeridade e eficiência ao trâmite processual, bem assim de possibilitar o mapeamento de dados.

A referida etapa teve início com a promulgação da Lei n.º 11.419 em 19 de dezembro de 2006, a qual dispõe sobre a informatização do processo judicial e permitiu o desenvolvimento de sistemas eletrônicos de processamento de ações,²⁸ em consonância com o momento vivido pela sociedade, no qual o acesso à internet se popularizava e o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação crescia de forma exponencial, alterando as relações interpessoais.

Alguns anos depois, em 2009, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho da Justiça Federal, em conjunto com os Tribunais Regionais Federais, firmaram o Termo de Acordo de Cooperação Técnica n.º 073/2009, a fim de desenvolver sistema de processo judicial eletrônico a ser utilizado em todos os procedimentos judiciais. Posteriormente, em 2013, a Resolução n.º 185 do Conselho Nacional de Justiça instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais, estabelecendo os parâmetros para sua implementação e funcionamento.

A partir de então houve um aumento significativo da digitalização dos processos, o que trouxe maior celeridade e tornou o Poder Judiciário brasileiro mais produtivo e menos custoso, além de que contribuiu de maneira decisiva para o acesso à justiça.²⁹

Ato contínuo, a segunda etapa consistiu na desmaterialização ou digitalização dos procedimentos, permitindo, por exemplo, a realização de audiências e despachos com os magistrados por meio de videoconferência.

27 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Tecnologia Aplicada à Gestão Dos Conflitos No Âmbito Do Poder Judiciário Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2022. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf . Acesso em: 20.11.2022.

28 "Bem se vê que a intenção latente da Lei n. 11.419/06 é acelerar o procedimento judicial, conferindo a ele maior celeridade e eficácia. Ou seja, o legislador tentou tornar o método de trabalho mais dinâmico, adequando-o aos avanços tecnológicos, de modo a agilizar o procedimento" (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 6, n.6, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21583/15586>).

29 SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade da informação. In: *Revista de Processo*. Vol. 227/2018, p. 541/561. Mar/2018.

Nessa linha, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu em seu art. 193 que “os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei”, visando estimular a substituição dos meios físicos de produção dos atos do processo para atos eletrônicos.³⁰

Finalmente, o terceiro momento é marcado pela automação das tarefas por meio da aplicação de inteligência artificial - cujo conceito será melhor abordado mais adiante -, e já é uma realidade no Poder Judiciário do Brasil: cerca de metade dos Tribunais brasileiros possuem projetos de inteligência artificial em desenvolvimento ou já implantados, na sua maioria, pela própria equipe interna dos Tribunais.³¹

Atualmente, a utilização de inteligência artificial pelo Poder Judiciário é considerada verdadeiramente essencial diante dos benefícios que traz à prática do direito, especialmente a maior agilidade e precisão na realização de tarefas, considerando a sobrecarga existente em nosso sistema.³²

Com efeito, em estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas (2022), sob a coordenação do Ministro Luis Felipe Salomão, acerca da tecnologia aplicada ao Poder Judiciário brasileiro, foi constatado o seguinte:

O número crescente de projetos que incorporam aspectos de IA já implementados ou em desenvolvimento demonstra a busca por maior eficiência dentro do Poder Judiciário brasileiro. Tais iniciativas têm se mostrado inevitáveis para manter a capacidade do sistema de absorver números cada vez maiores de ações judiciais, combinado à necessidade de redução de custos de pessoal, e de ampliar a transparência no trâmite dos processos.

30 CARVALHO FILHO, Antônio. Os atos processuais eletrônicos no CPC/2015. In: *Revista de Processo*. vol. 262/2016, p. 469 – 481. Dez/2016.

31 FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Tecnologia Aplicada à Gestão Dos Conflitos No Âmbito Do Poder Judiciário Brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2020. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf. Acesso em: 29.10.2022.

32 NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. In: *Revista de Processo*. Vol. 285/2018, p. 421/447. Nov/2018.

De fato, a ineficiência do Poder Judiciário, causada pela sobrecarga e consequente morosidade no trâmite processual,³³ pode ser considerada como o principal incentivo para a busca e desenvolvimento de tecnologias que pudessem ser implementadas nos Tribunais, em um esforço para se modernizar, empregar eficiência na tramitação dos processos e observar a garantia fundamento da razoável duração do processo, prevista no inciso LXXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.³⁴

Acerca da sobrecarga do Poder Judiciário brasileiro, o Conselho Nacional da Justiça apurou que, em 2021, tramitavam 77,3 milhões de processos, dos quais 15,3 milhões encontram-se suspensos, sobrestados ou em arquivos provisórios. Além disso, foram 27,7 milhões de casos novos em apenas 12 meses, de modo que houve um crescimento de 10,4% em relação a 2020.³⁵

Outro incentivo ao desenvolvimento e implementação de tecnologias no Poder Judiciário foi a pandemia da COVID-19, que impôs restrições sanitárias e medidas de distanciamento social e, conseqüentemente, impossibilitou a realização de diversas tarefas nos Tribunais, fazendo surgir uma necessidade de modificação do seu funcionamento e procedimentos.³⁶

Houve, portanto, uma potencialização do uso da tecnologia e da inteligência artificial nesse período, na medida em que os Tribunais tiveram de desenvolver soluções digitais para dar continuidade ao seu trabalho à distância e minimizar os impactos da pandemia.

33 Sobre o tema, Paulo Lucon ensina que “é senso comum que a efetividade do processo está estreitamente relacionada com o seu tempo de duração. Mais ainda: a efetividade do próprio direito material também depende da efetividade do processo.” (LUCON, op. cit., p. 4).

34 “Essa norma insere-se no denominado Direito Constitucional Processual, consubstanciado num conjunto de normas processuais contidas no texto constitucional. A razoável duração do processo representa um acréscimo em relação ao princípio do acesso à justiça. Isso porque não basta simplesmente dizer que é garantido aos cidadãos o acesso à justiça se ela não for justa e eficaz e a justiça e a eficácia estão, como acima demonstrado, diretamente relacionadas com o tempo de duração do processo. Difícil não é garantir, em relação aos órgãos jurisdicionais estatais, a porta de entrada, mas a porta de saída, com uma solução justa e célere.” (Ibidem, p. 4).

35 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2022. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 20.11.2022.

36 “À medida que esse quadro epidemiológico, até então desconhecido, avançou, as rotinas de funcionamento dos tribunais tiveram que ser rapidamente modificadas e, dessa forma, houve impactos inevitáveis no curso dos processos.” (DIAS, Victor Massante. A Covid-19 e seus impactos no processo civil: uma análise sobre o motivo de força maior como ensejador da suspensão do processo e dos prazos, bem como de efeitos obstativos à preclusão. In: *Revista de Processo*. v. 308, p. 351-368, out.-2020).

Dentre essas soluções podem ser citados o Juízo 100% Digital, instituído pela Resolução CNJ n. 345/2020, o qual estabelece que todos os atos processuais serão praticados exclusivamente de modo remoto, sem necessidade de as Partes ou mesmo seus advogados comparecerem fisicamente aos fóruns/tribunais, e o Balcão Virtual, regulamentada por meio da Resolução CNJ n. 372/2021, que tem o objetivo de disponibilizar no sítio eletrônico de cada Tribunal uma ferramenta de videoconferência que permita imediato contato com o setor de atendimento de cada unidade judiciária durante o horário de atendimento ao público.³⁷

Nota-se, pois, que o Poder Judiciário brasileiro já percorreu um longo caminho no que diz respeito ao desenvolvimento e implementação de tecnologias para garantir sua eficiência, começando pela digitalização dos processos até chegar nos projetos de inteligência artificial. E isso inclui a mais alta Corte do país, o Supremo Tribunal Federal, que já conta com duas ferramentas de inteligência artificial, a saber, o Projeto Victor e a ferramenta RAFA 2030, as quais buscam resolver ou mitigar os desafios pertinentes a uma maior eficiência e celeridade processuais na Corte, bem como expandir o acesso à justiça e aumentar a transparência do Tribunal.

Antes, todavia, de se adentrar à análise dos projetos desenvolvidos pelo Supremo Tribunal Federal, compete fazer uma análise introdutória acerca da inteligência artificial e sua aplicação no Poder Judiciário.

3.Noções preliminares sobre inteligência artificial e sua aplicação no Poder Judiciário.

A expressão inteligência artificial (IA – sigla da expressão em inglês *artificial intelligence*) surge, pela primeira vez, em meados da década de 1950,³⁸ subdividindo-se em duas correntes conceitualmente distintas, quais sejam, sistemas que buscam imitar o comportamento humano e sistemas que visam reproduzir o pensamento racional.³⁹

37 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2022. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 20.11.2022.

38 "O termo Inteligência Artificial foi cunhado por John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester e Claude Shannon em documento datado de 31 de agosto de 1955, intitulado A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence. Trata-se da proposta de realização do primeiro evento científico sobre tema, ocorrido no verão de 1956 no Dartmouth College, que é considerado o marco inaugural do estudo da Inteligência Artificial, organizando-se, a partir daí, como uma ciência autônoma." (MEDINA, José Miguel Garcia; MARTINS, João Paulo Nery dos Passos. A era da inteligência artificial: as máquinas poderão tomar decisões judiciais? In: *Revista dos Tribunais*, vol. 1020/2020, p. 311-338, Out/2020).

39 RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 2a ed. New Jersey: Prentice Hall, 2003. p. 4.

Enquanto a primeira corrente “foca no aspecto externo, o comportamento, não sendo relevante o meio pelo qual se alcance resultado que imite satisfatoriamente o comportamento humano”, a segunda corrente “se preocupa em construir sistemas que tomem decisões de forma racional, razão pela qual o meio utilizado para tanto é de extrema relevância” (AZEREDO, 2014, p. 18).

No que diz respeito ao conceito de inteligência artificial, embora se trate de tarefa difícil⁴⁰ e não haja unanimidade, é possível bem defini-la como o “conjunto de tecnologias que combina dados, algoritmos e poder computacional, capaz de comportar-se de forma similar à inteligência humana para alcançar um determinado objetivo específico, geralmente a solução de uma questão” (MAGRANI; GUEDES, 2021, p. 78).

Na mesma linha, “a definição segundo a qual a inteligência artificial consiste no desenvolvimento de sistemas que reconhecem o ambiente à sua volta e tomam medidas para alcançar os seus objetivos, tem o mérito de concatenar de forma direta os principais elementos constitutivos da ciência” (AZEVEDO, 2014, p. 27).

Daí se extrai que a inteligência artificial é tecnologia que não se limita a executar os comandos definidos pelo programador, tal como os sistemas informatizados, mas sim que é capaz de captar e colher informações para adotar condutas que vão além da programação inicialmente definida pelo programador e encontrar soluções aos problemas que lhe são propostos, reproduzindo o pensamento humano.

E isso se dá por conta da chamada *machine learning*, que “é um ramo da ciência da computação, pertencente ao campo da Inteligência Artificial, que possui o objetivo de criar generalizações aplicáveis para casos novos a partir de casos anteriores” (HÖFLING, 2022, p. 72). Uma das técnicas da *machine learning* é a *deep learning*, “composta por uma rede neural artificial, uma versão matemática de como uma rede neural biológica funciona, composta de camadas que se conectam para realizar tarefas de classificação” (SHINOHARA, 2018, p. 41).

⁴⁰ “Definir inteligência artificial não é fácil. O campo é tão vasto que não pode ficar restrito a uma área específica de pesquisa; é um programa multidisciplinar. Se sua ambição era imitar os processos cognitivos do ser humano, seus objetivos atuais são desenvolver autômatos que resolvam alguns problemas muito melhor que os humanos, por todos os meios disponíveis. Assim, a IA chega à encruzilhada de várias disciplinas: ciência da computação, matemática (lógica, otimização, análise, probabilidades, álgebra linear), ciência cognitiva sem mencionar o conhecimento especializado dos campos aos quais queremos aplicá-la. E os algoritmos que o sustentam baseiam-se em abordagens igualmente variadas: análise semântica, representação simbólica, aprendizagem estatística ou exploratória, redes neurais e assim por diante.” (VILLANI, Cédric. *Donner uns sens à l’intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne*. 2018. Disponível em: <https://www.aiforhumanity.fr>.

Nota-se, pois, que os sistemas de inteligência artificial têm plena capacidade de serem aplicados em campos altamente complexos,⁴¹ tal como no direito, a fim de apresentar soluções práticas aos operadores do direito a partir de seu aprendizado de máquina e oferecer maior agilidade e precisão na realização de diversas atividades.

Apesar do seu alto potencial benéfico, a inteligência artificial traz consigo questões desafiadoras, que podem levar a problemas éticos e jurídicos substanciais⁴² – razão pela qual se faz necessária a implementação de princípios éticos e regulamentações para o uso da inteligência artificial.

Um dos principais desafios consiste na problemática dos vieses algorítmicos. Inicialmente, o algoritmo pode ser definido como “uma sequência de instruções codificadas que ensinam a um computador, passo a passo, o que fazer” (CABRAL, 2020, p. 84). Essa programação, como não poderia deixar de ser, é feita por um ser humano, de modo que a inteligência artificial parte do municiamento, ao robô/computador, de *inputs* e dados determinados pelo programador.

Essa circunstância nos leva a indagar: será que os sistemas de inteligência artificial são inteiramente isentos e imparciais, considerando que dependem de uma atividade humana preliminar para funcionarem?

Não há como negar a possibilidade de que o indivíduo programador torne a máquina e as soluções por ela propostas enviesadas, uma vez que inevitavelmente refletirá as crenças, entendimentos, escolhas e prioridades do sujeito que as desenvolve.⁴³ Esse viés pode, muitas vezes, não acarretar nenhuma complicação ao funcionamento do

41 Não obstante, a inteligência artificial também está cada vez mais presente em tarefas simples do dia a dia: “Atualmente, a tecnologia e a inteligência artificial deixaram de ser exclusividade das grandes indústrias para se tornarem produtos disponíveis à maior parte da população, às vezes até sem custos diretos de aquisição, como no caso das redes sociais – Facebook e Instagram –, e é cada vez maior o uso de ferramentas digitais de automatização para a execução de tarefas que até então necessitavam de um agente humano” (NUNES; MARQUES, op. cit., p. 423).

42 “Danos e violações de direitos fundamentais, sejam imediatos ou potenciais, já são uma realidade resultantes dessas ferramentas, a exemplo da falta de transparência e explicação de resultados, exposição de usuários a violações injustificadas de privacidade e proteção de dados, manipulação inconsciente de comportamento e discriminação.” (MAGRANI; GUEDES, op. cit., p. 79).

43 “Essas escolhas, portanto, fazem com que sempre haja pontos cegos nos algoritmos, os quais refletem os objetivos, prioridades e concepções de seu criador, de modo que os modelos são, a todo tempo, permeados pela subjetividade do sujeito que os desenvolve” (NUNES; MARQUES, op. cit., p. 424).

sistema,⁴⁴ mas também é passível de causar graves problemas, tais como a reprodução de padrões discriminatórios.

Um exemplo emblemático é o caso do Programa COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), software desenvolvido pela empresa Northpointe nos Estados Unidos, cujo algoritmo era utilizado, dentre outras finalidades, para determinar a probabilidade de reincidência de réus em processos criminais.⁴⁵ Em 2016, um estudo constatou que o algoritmo era racialmente enviesado, de maneira preconceituosa, de modo que seria duas vezes mais suscetível a imputar alto índice de potencial reincidência a réus negros, sendo que o que se observou na prática foi menor reincidência por esses réus.⁴⁶

Tem-se, portanto, que “não se pode ignorar, assim, a impossibilidade de isenção completa, até mesmo ao se falar de inteligência artificial e de sistemas que, muitas vezes, são tratados como universais e ‘desenviesados’, porquanto o ponto de partida é sempre uma atividade humana de seleção de informações e dados, os quais refletem, também, o contexto social de quem os produziu” (NUNES; MARQUES, 2018, p. 425).

Outro desafio, específico da área do direito, consiste na atribuição de função decisória às máquinas sem qualquer supervisão humana, posto que “se os códigos-fonte dos programas de computador responsáveis pela confecção das decisões judiciais não forem corretamente desenhados, poderão produzir resultados equivocados, enviesados (*biased*) ou que tenham desconsiderado aspectos relevantes da controvérsia” (CABRAL, *op. cit.*, p. 88), além de que é quase missão impossível impugnar a decisão desconhecendo o algoritmo e seu funcionamento.⁴⁷ Sendo assim:

Conforme já sinalizado anteriormente, por ora, a automação da tomada de decisões judiciais é limitada pela complexidade técnica de se traduzir o Direito em linguagem computacional, mas também pela desconfiança sobre a segurança dos resultados de uma tecnologia ainda muito recente, a impor a precaução como um princípio para a adoção dessa tecnologia em setores tão importantes como a prolação de decisões judiciais. Poucos são aqueles que confiariam a uma máquina o julgamento de uma demanda judicial de que são

44 O’NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown Publishers, 2016, p. 28.

45 PROPUBLICA. *Machine Bias – There’s Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And it’s Biased Against Black*. Disponível em: www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing. Acesso em 26.11.2022.

46 *Ibidem*.

47 NUNES; MARQUES, *op. cit.*, p. 428.

parte, preferindo que seja decidida por um juiz, apesar da característica falibilidade humana.

Há também que se considerar que o aumento da automação das atividades poderá alterar substancialmente a estrutura dos Tribunais, posto que muitas das atividades que antes eram realizadas por servidores passarão a serem realizadas por máquinas – o que poderá levar a uma relevante redução de pessoal.⁴⁸

Apesar dos desafios, a inteligência artificial não deixa de ser um ativo precioso ao Poder Judiciário brasileiro, considerando os benefícios que pode trazer às suas atividades, relacionados à eficiência, celeridade, redução de custos, dentre diversos outros.

Bem por isso que os sistemas de inteligência artificial estão sendo amplamente adotados pelos Tribunais, sendo que, de acordo com Fábio Ribeiro Porto (2019, p. 40), podemos destacar as seguintes atuações:

- (a) auxiliando o Magistrado na realização de atos de constrição (penhora on line, Renajud e outros);
- (b) auxiliando o Magistrado a identificar os casos de suspensão por decisões em recursos repetitivos, IRDR, Reclamações e etc., possibilitando que o processo seja identificado e suspenso sem esforço humano maior do que aquele baseado em confirmar o que a máquina apontou;
- (c) auxiliar o Magistrado na degravação de audiências, poupando enorme tempo;
- (d) auxiliar na classificação adequada dos processos, gerando dados estatísticos mais consistentes;
- (e) auxiliar o Magistrado na elaboração do relatório dos processos, filtrando as etapas relevantes do processos e sintetizando o mesmo;
- (f) auxiliar na identificação de fraudes;
- (g) auxiliar na identificação de litigante contumaz;
- (h) auxiliar na identificação de demandas de massa;
- (i) auxiliar na avaliação de risco (probabilidade/impacto de algo acontecer no futuro);
- (j) auxiliar na gestão relativa à antecipação de conflitos a partir de dados não estruturados;
- (k) auxiliar o Magistrado na avaliação da jurisprudência aplicada ao caso;
- (l) possibilitar uma melhor experiência de atendimento ao usuário: sistemas conversacionais, “chat bot” (atendimento para ouvidoria e Corregedoria);
- (m) identificar votos

48 “De um lado, tornará ociosa grande parte da força de trabalho de servidores públicos que auxiliam os juízes na produção das decisões e gestão de procedimentos. Isso já tem sido sentido, no Brasil, em relação à atividade-meio dos juízes: a informatização e disseminação de processos eletrônicos faz com que os atos ordinatórios (de movimentação processual) tenham passado a ser elaborados automaticamente pelos sistemas de computador” (CABRAL, op. cit., p. 91).

divergentes na pauta eletrônica; (n) auxiliar na gestão cartorária, identificando pontos de gargalos, processos paralisados, servidores com menor/maior carga de trabalho; (o) identificar e reunir processos para movimentação em lote, e (p) auxiliar o Magistrado na elaboração de minutas de despachos, decisões e sentenças.

Especificamente, de acordo com o já mencionado estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas (2022), "em sua maioria, tanto os projetos já implantados quanto os que estão em desenvolvimento, concentram-se em tarefas de estruturação de dados, cujo objetivo é aumentar a eficiência do Judiciário. Dentre tais tarefas, destacam-se fluxos de categorização e triagem de processos, automação de fluxos de trabalho, e recuperação e extração de informações".

O que se tem, portanto, é que os Tribunais brasileiros vêm utilizando os sistemas de inteligência artificial com a principal finalidade de aumentar sua eficiência e resolver a problemática da sobrecarga, seja por meio da execução de tarefas mais simples, como a análise de dados, seja por meio de tarefas mais complexas, como a produção de minutas de decisões.⁴⁹

A propósito, é curioso notar que a maior parte das iniciativas de inteligência artificial foram tomadas pelos Tribunais localizados na região Centro-Oeste do país, especialmente em Brasília.⁵⁰

No que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, até o momento, foram desenvolvidas duas importantes iniciativas de inteligência artificial: o Projeto Victor e a ferramenta RAFA 2030, que passarão a ser analisados a seguir.

4.A utilização de inteligência artificial no Supremo Tribunal Federal.

Como mencionado, o Supremo Tribunal Federal já desenvolveu e implementou duas iniciativas de inteligência artificial até o momento, e tem como plano de investimento em tecnologia para os próximos anos transformar a Corte em 100% digital e pavimentar caminhos para prospectar outras iniciativas de inteligência artificial.⁵¹

A primeira iniciativa de inteligência artificial desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal foi implementada há mais de dois anos, ainda em 2020. Trata-se do chamado

49 FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Tecnologia Aplicada à Gestão Dos Conflitos No Âmbito Do Poder Judiciário Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2022. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf Acesso em: 26.11.2022.

50 Ibidem, p. 253.

51 Ibidem, p. 58.

Projeto Victor – nome atribuído em homenagem ao ex-ministro Victor Nunes Leal, que foi pioneiro na sistematização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁵²

Muito embora tenha sido implementado em 2020, o Projeto Victor começou a ser desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal em parceria com a Universidade de Brasília (UnB) anos antes, no final de 2017, durante a gestão da ministra Cármen Lúcia na presidência da Corte.

O problema que o Projeto Victor busca solucionar é simples: por meio da aplicação de métodos de aprendizado de máquina (*machine learning*) e contando com uma base de dados com cerca de 10 milhões de documentos,⁵³ a ferramenta objetiva indicar os temas de repercussão geral presentes em recursos submetidos ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, em poucas palavras, o funcionamento do Projeto Victor pode ser assim descrito: “os autos processuais dos feitos recursais remetidos ao STF são submetidos ao modelo, que identifica a presença de um ou mais temas de repercussão geral” (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, p. 56).

Mais detalhadamente, seu funcionamento se dá da seguinte maneira:

Utilizando-se da aprendizagem profunda de máquina, a pesquisa viabiliza a automação de análises textuais de processos jurídicos, a partir do uso de algoritmos na identificação de temas de repercussão geral. Isso ocorre baseado em dois modelos de redes neurais: Rede Neural Convolutiva (*Convolutional Neural Network – CNN*) e Modelo Bidirecional de Memória de Longo Prazo (*Bidirectional Long Short-Term Memory*).⁵⁴

52 BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. Revolução 4.0 no Poder Judiciário: Levantamento do Uso de Inteligência Artificial nos Tribunais Brasileiros. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, [S.l.], v. 23, n. 46, p. 65-76, nov. 2019. ISSN 2177-8337. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/256>. Acesso em: 26.11.2022.

53 Apesar do volume relevante da base de dados, ainda são identificados problemas relacionados a peças sem conteúdo textual, peças agrupadas em volumes e qualidade da digitalização (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, p. 57).

54 ANDRADE, Mariana Dionísio. Inteligência artificial para o rastreamento de ações com repercussão geral: o projeto VICTOR e a realização do princípio da razoável duração do processo. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 21, v. 1, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/42717>. Acesso em 27.11.2022.

A utilidade da ferramenta é notória, visto que a identificação de temas de repercussão geral é justamente o que delimita a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de recursos extraordinários, inclusive com agravo.⁵⁵

Como se sabe, a necessidade de repercussão geral da questão constitucional, para apreciação pelo Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários, foi introduzida em nosso ordenamento por meio da Emenda Constitucional 45/2004, de modo que o art. 102, § 3º, da Constituição Federal passou a ter a seguinte redação:

Art. 102 (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) .

Posteriormente, o referido instituto foi regulamentado pela Lei n.º 11.418/2006, que incluiu os arts. 543-A e 543-B no Código de Processo Civil de 1973. Já no Código de Processo Civil de 2015, a repercussão geral é regulamentada no art. 1.035:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

⁵⁵ De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso: "A exigência da demonstração da repercussão geral da questão constitucional, advinda com a EC n. 45/2004 (§ 3º do art. 102), parece antes vocacionada a operar em sentido excludente, já que sem ela o recurso extraordinário não é admitido (ou, na dicção do art. 543-A, caput, do CPC/73 e do art. 1.035, caput, do CPC/15, ele não é conhecido; ou ainda, cf. o art. 322, caput, do RISTF, à míngua de tal preliminar, tal recurso é recusado)". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 4 (Arts. 926 a 1.072). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 526).

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal .

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§ 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus .

§ 10. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.

A repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso objetiva não só delimitar a atuação do Supremo Tribunal Federal, mas também uniformizar a interpretação da Constituição Federal sem que a Corte tenha que analisar e decidir múltiplos casos idênticos.

Muito embora o referido instituto tenha abrandado o problema da sobrecarga do Supremo Tribunal Federal, fato é que não o solucionou, de modo que a Corte continua sobrecarregada. Em consulta realizada ao site do Supremo Tribunal Federal em novembro de 2022,⁵⁶ é possível verificar que 824 processos tiveram a repercussão geral reconhecida, sendo que 643 tiveram o mérito julgado.

Nesse contexto, o Projeto Victor foi desenvolvido justamente com a intenção de conferir celeridade à análise da repercussão geral e garantir maior eficiência ao procedimento – tanto que, ao ser anunciada, em 2018, foi consignado que a ferramenta poderia realizar, em 5 segundos, o mesmo trabalho que um servidor faria em 3 horas, de modo que o Projeto Victor poderia gerar a redução de dois anos ou mais de tramitação na fase de reconhecimento de repercussão geral.⁵⁷

Ainda não foi realizado o mapeamento dos resultados da utilização da inteligência artificial no Supremo Tribunal Federal, visto que o sistema ainda se encontra em fase de análise para consolidar o uso em produção.⁵⁸

Todavia, no que diz respeito ao atual estágio dos resultados, foi constatado que a performance inicial da ferramenta é satisfatória, mas carece de aprimoramento para contemplar uma quantidade mais expressiva de temas e aumentar a precisão, além de que a taxa de acerto para temas recentes foi considerada baixa.⁵⁹

A fim de aprimorar a ferramenta, faz-se necessário um acompanhamento detalhado dos resultados obtidos, assim como publicidade e transparência no que diz respeito à

56 Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/repercussao_geral/repercussao_geral.html. Acesso em 27.11.2022.

57 ANDRADE, op. cit., p. 18.

58 FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Tecnologia Aplicada à Gestão Dos Conflitos No Âmbito Do Poder Judiciário Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2022, p. 58 Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf Acesso em: 26.11.2022.

59 Ibidem, p. 57.

alimentação do sistema, especialmente para possibilitar o processo de *distinguishing*. Sobre o tema:

Determinada a Suspensão Nacional em tema de Repercussão Geral, é possível a realização de processo de *distinguishing*. O Projeto Victor possui ferramenta para suspensão das ações em território nacional, devendo a distinção ser protocolada mecanicamente, a fim de que seja analisado cada caso concreto e determinada a diferenciação deste com o tema de repercussão geral. Contudo, para isso, é necessário o conhecimento do motivo da determinação da repercussão, pois como critério subjetivo de determinação, a repercussão geral é encargo do julgador. Sendo realizada pelo sistema artificial, ausentes os algoritmos e critérios utilizados para definir a repercussão, dificulta o processo de defesa da diferenciação, interferindo no Princípio do Devido Processo Legal. 60

Evidente, portanto, a importância do Projeto Victor para o exercício das atividades do Supremo Tribunal Federal, ainda que algumas de suas funcionalidades careçam de aprimoramento, posto que tem potencial para tornar a Corte cada vez mais eficiente e resolver – ou ao menos mitigar – o problema da sobrecarga e da morosidade.

A segunda iniciativa de inteligência artificial desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, em um esforço que envolveu diversas áreas da Corte, é a ferramenta RAFA 2030 (Redes Artificiais Focadas na Agenda 2030), esta mais recente, lançada em 2022.⁶¹

A referida ferramenta de inteligência artificial tem como principal finalidade classificar de maneira padronizada as ações judiciais de acordo com os 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), de modo que os processos submetidos ao Supremo Tribunal Federal passam a ser classificadas não sob a ótica objetiva do campo do direito, mas sob a ótica do direito humano protegido pela Constituição Federal.

60 ANDRADRE, op. cit., p. 18.

61 Inteligência artificial permitirá classificação dos processos do STF sob a ótica dos direitos humanos. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 17 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487134&ori=1>. Acesso em: 26.11.2022.

Aqui cabe abrir parênteses para esclarecer em que consiste a Agenda 2030, consistente em um plano de ação que estabelece metas com o objetivo de fomentar desenvolvimento sustentável. De acordo com o Supremo Tribunal Federal⁶²:

A Agenda 2030 da ONU é um plano global para atingirmos em 2030 um mundo melhor para todos os povos e nações. A Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em Nova York, em setembro de 2015, com a participação de 193 estados membros, estabeleceu 17 objetivos de desenvolvimento sustentáveis. O compromisso assumido pelos países com a agenda envolve a adoção de medidas ousadas, abrangentes e essenciais para promover o Estado de Direito, os direitos humanos e a responsividade das instituições políticas.

A Agenda 2030 estabeleceu 169 metas universais e 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) interconectados, quais sejam: erradicação da pobreza, fome zero e agricultura sustentável, saúde e bem-estar, educação de qualidade, igualdade de gênero, água potável e saneamento, energia acessível e limpa, trabalho decente e crescimento econômico, indústria, inovação e infraestrutura, redução das desigualdades, cidades e comunidades sustentáveis, consumo e produção responsáveis, ação contra a mudança global do clima, vida na água, vida terrestre, paz, justiça e instituições eficazes, parcerias e meios de implementação.⁶³

A concretização dos objetivos supracitados, no Brasil, depende da atuação de todos os poderes da República, inclusive do Poder Judiciário e certamente do Supremo Tribunal Federal, na figura de instituição central e mais alta Corte do país. Nas palavras do atual Presidente do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux⁶⁴:

O alinhamento entre a governança do Supremo Tribunal Federal e os objetivos e metas da Agenda 2030 poderá aprimorar o método de identificação das controvérsias jurídicas submetidas ao Supremo Tribunal Federal e o conseqüente melhoramento da metodologia de classificação, agrupamento e organização dos processos. Dessa forma, poderão ser priorizados os julgamentos de ações sob a sua competência capazes de impactar positivamente os objetivos e as metas da Agenda 2030. Trata-se não só de avanço na

62 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>. Acesso em 27.11.2022.

63 Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 27.11.2022.

64 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>. Acesso em: 27.11.2022.

internacionalização da Corte como na própria humanização de seus processos institucionais internos.

Foi nesse contexto que se desenvolveu a ferramenta RAFA 2030, não somente como mais um dos passos adotados pelo Supremo Tribunal Federal com a intenção de criar uma Corte 100% digital e, conseqüentemente, expandir o acesso à justiça, a transparência e a eficiência do Tribunal, mas também como uma das primeiras iniciativas para dar cumprimento aos objetivos propostos na Agenda 2030.⁶⁵

Como visto, a RAFA 2030 utiliza inteligência artificial para classificar os processos de acordo com os objetivos e metas da Agenda 2030. A ferramenta executa suas tarefas por meios dos já mencionados processos de *machine learning* e *deep learning*,⁶⁶ de modo que adquire aprendizado sem necessidade de programação contínua, utilizando redes neurais profundas e customizadas para tanto.⁶⁷ Desta maneira, consegue identificar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 em textos de acórdãos ou de petições iniciais em processos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, procedendo com sua classificação a partir daí.

Mais especificamente, a RAFA 2030 executa duas principais tarefas relacionadas à classificação dos processos:

Atualmente, a RAFA se concentra em duas tarefas específicas relacionadas à classificação de processos em ODS da Agenda 2030: classificação automática de grandes conjuntos (lotes) de processos judiciais via aprendizagem de máquina e *deep learning* e apoio visual e estatístico para classificação individual de processos judiciais. Ambas estão em período de testes atualmente e contam com a

65 "Etiquetar processos judiciais de acordo com Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU é um importante passo para incluir a própria Agenda no cotidiano do tribunal, uma vez que tais ODS são citados em votos dos Ministros e podem, no futuro, gerar precedência para temas de maior impacto social". Disponível em: https://agenda2030rafa.github.io/rafa_documentacao/. Acesso em 27.11.2022.

66 Como visto, *machine learning* "é um ramo da ciência da computação, pertencente ao campo da Inteligência Artificial, que possui o objetivo de criar generalizações aplicáveis para casos novos a partir de casos anteriores" (HöFLING, 2022, p. 72), sendo que uma das técnicas da *machine learning* é a *deep learning*, "composta por uma rede neural artificial, uma versão matemática de como uma rede neural biológica funciona, composta de camadas que se conectam para realizar tarefas de classificação" (SHINOHARA, 2018, p. 41).

67 Inteligência artificial permitirá classificação dos processos do STF sob a ótica dos direitos humanos. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 17 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487134&ori=1>. Acesso em: 26.11.2022.

curadoria de servidores da área jurídica. A primeira tarefa consiste em utilizar algoritmos de aprendizagem de máquina e *deep learning* para classificar automaticamente lotes de processos judiciais em ODS da Agenda 2030. O fluxo em si é bastante simples. A área jurídica do tribunal indica conjuntos de peças jurídicas - que podem ser os processos autuados mais recentemente, por exemplo - e a RAFA utiliza textos já etiquetados para treinar e etiquetar as novas entradas. A entrega, neste caso, são as classificações que resultam dos algoritmos ajustados. A segunda tarefa é centrada no desenvolvimento de um aplicativo para apoiar a decisão de classificar uma nova entrada (processo) em ODS da Agenda 2030. Este *app* conta com diversos gráficos utilizados em processamento de linguagem natural (NLP), além de contagem de palavras-chave e busca de determinadas palavras e leis no contexto da peça jurídica. A entrega, neste caso, é a possibilidade de ajudar o servidor a classificar mais processos jurídicos em menos tempo e com maior qualidade.⁶⁸

A partir da referida classificação, os processos em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal passam a ser etiquetados da seguinte maneira: ODS 1 para processos relacionados a erradicação da pobreza; ODS 5 para processos relacionados a igualdade de gênero, sempre em consonância com os 17 (dezessete) Objetivos supracitados.⁶⁹

Dentre as vantagens trazidas pela ferramenta RAFA 2030 pode se citar, além da maior celeridade e eficiência na execução da tarefa de análise e classificação dos processos, a capacidade de padronização da informação. Além disso, a classificação das ações de acordo com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 permite a célere identificação de processos prioritários e sua inclusão em pauta de julgamento com maior agilidade.

De acordo com nota divulgada pelo Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2022,⁷⁰ após a realização de diversas rodadas de testes, a ferramenta RAFA 2030 apresentou um grau de acurácia elevado, acima de 90% (noventa por cento), a evidenciar seu potencial de contribuir profundamente com a Corte.

⁶⁸ Disponível em: https://agenda2030rafa.github.io/rafa_documentacao/. Acesso em 27.11.2022.

⁶⁹ Os processos já etiquetados com ODS estão relacionados e disponíveis em <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>. Acesso em 27.11.2022.

⁷⁰ STF desenvolve Inteligência Artificial aplicada à Agenda 2030 da ONU. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 18 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=481995&ori=1>. Acesso em: 27.11.2022.

De qualquer forma, “a iniciativa não se presta a substituir a análise dos classificadores, mas antes visa combinar a inteligência humana e a artificial para uma classificação acurada e aderente à Agenda 2030 da ONU”.⁷¹

Nesse contexto, é certo que a classificação apontada pela RAFA 2030 será revisada e validada por seres humanos, a fim de evitar classificações equivocadas ou enviesadas. A partir desta validação humana dos resultados obtidos pela inteligência artificial é que se pode verificar os ajustes que devem ser feitos na ferramenta.

5. Conclusão

Por meio do presente trabalho, buscamos analisar as iniciativas de inteligência artificial desenvolvidas e implementadas pelo Supremo Tribunal Federal até o momento, a fim de verificar, principalmente, sua capacidade de solucionar os problemas a que se propõem.

Com este objetivo, examinamos os principais e mais relevantes aspectos da utilização de tecnologia pelo Poder Judiciário brasileiro, bem como noções preliminares de inteligência artificial e sua aplicação nos Tribunais, até chegar na análise minuciosa das iniciativas desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal, a saber, o Projeto Victor e a RAFA 2030.

No que diz respeito à modernização dos Tribunais, foi possível verificar que a justiça brasileira passou por três importantes marcos no que diz respeito à utilização de tecnologia, quais sejam, a digitalização dos processos, a desmaterialização dos procedimentos e a automação das tarefas por meio da inteligência artificial.

Também foi possível concluir que o principal incentivo para a busca e desenvolvimento de tecnologias pelos Tribunais brasileiros foi justamente a ineficiência do Poder Judiciário, causada pela sobrecarga e consequente morosidade no trâmite processual. Nesse contexto, restou evidente que os Tribunais vêm empregando esforços para se modernizar, justamente a fim de garantir maior celeridade e eficiência na tramitação dos processos e observar a garantia fundamento da razoável duração do processo.

Ademais, também verificamos que outro incentivo ao desenvolvimento e implementação de tecnologias no Poder Judiciário foi a pandemia da COVID-19, que fez

⁷¹ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>. Acesso em 27.11.2022.

com que os Tribunais tivessem de desenvolver soluções digitais para dar continuidade ao seu trabalho à distância e minimizar os impactos da pandemia.

Em síntese, verificamos que o Poder Judiciário brasileiro já percorreu um longo caminho no que diz respeito ao desenvolvimento e implementação de tecnologias para garantir sua eficiência, começando pela digitalização dos processos até chegar nos projetos de inteligência artificial - e isso inclui o Supremo Tribunal Federal.

A partir desse ponto, traçamos noções preliminares de inteligência artificial, a fim de tecer um panorama geral do tema e estabelecer uma base para investigar as iniciativas de inteligência artificial desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, foi possível verificar que a inteligência artificial é tecnologia que não se limita a executar os comandos definidos pelo programador, tal como os sistemas informatizados, mas sim que é capaz de captar e colher informações para adotar condutas que vão além da programação inicialmente definida pelo programador e encontrar soluções aos problemas que lhe são propostos, reproduzindo o pensamento humano.

Também concluímos que, apesar do seu alto potencial benéfico, a inteligência artificial traz consigo questões desafiadoras, que podem levar a problemas éticos e jurídicos substanciais, tal como a problemática dos vieses algorítmicos, segundo a qual as máquinas jamais serão inteiramente isentas, posto que reproduzem padrões estabelecidos por seus desenvolvedores.

De qualquer forma, concluímos que a inteligência artificial não deixa de ser um ativo precioso ao Poder Judiciário brasileiro, considerando os benefícios que pode trazer às suas atividades, relacionados à eficiência, celeridade, redução de custos, dentre diversos outros.

Bem por isso que o Supremo Tribunal Federal, com atitude pioneira, já desenvolveu e implementou duas iniciativas de inteligência artificial: o Projeto Victor e a ferramenta RAFA 2030.

Com relação ao Projeto Victor, verificamos que trata-se da primeira iniciativa da Corte, a qual tem como objetivo indicar os temas de repercussão geral presentes em recursos submetidos ao Supremo Tribunal Federal por meio da aplicação de métodos de aprendizado de máquina (*machine learning*) e contando com uma base de dados com cerca de 10 milhões de documentos.

Também verificamos que o Projeto Victor foi desenvolvido com a intenção de conferir celeridade à análise da repercussão geral e garantir maior eficiência ao procedimento, de grande importância para a atuação correta do Supremo Tribunal Federal.

Muito embora ainda não tenha sido realizado o mapeamento completo dos resultados, posto que o sistema ainda se encontra em fase de análise e aprimoramento, já foi possível constatar que a performance inicial do Projeto Victor é satisfatória, de modo que tem grande potencial para tornar a Corte cada vez mais eficiente e resolver – ou ao menos mitigar – o problema da sobrecarga e da morosidade.

Já com relação à ferramenta RAFA 2030 (Redes Artificiais Focadas na Agenda 2030), verificamos que tem como finalidade classificar de maneira padronizada as ações judiciais de acordo com os 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), de modo que os processos submetidos ao Supremo Tribunal Federal passam a ser classificadas não sob a ótica objetiva do campo do direito, mas sob a ótica do direito humano protegido pela Constituição Federal.

Foi possível concluir que a RAFA 2030 traz diversas vantagens ao Supremo Tribunal Federal, tais como maior celeridade e eficiência na execução da tarefa de análise e classificação dos processos e capacidade de padronização da informação, além de permitir a célere identificação de processos prioritários e sua inclusão em pauta de julgamento com maior agilidade.

No que diz respeito aos resultados, após a realização de diversas rodadas de testes, a ferramenta RAFA 2030 apresentou um grau de acurácia elevado, acima de 90% (noventa por cento), a evidenciar seu potencial de contribuir profundamente com o trabalho da Corte e com o cumprimento das metas estabelecidas na Agenda 2030.

Nota-se, pois, que as iniciativas de inteligência artificial desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal têm altíssimo potencial para melhorar a eficiência da Corte, conferindo maior celeridade, transparência e precisão às atividades desenvolvidas, podendo se considerar que as ferramentas vêm efetivamente solucionando os problemas que lhe são propostos, especialmente se verificado que os resultados preliminares apurados até o momento são plenamente satisfatórios.

A tendência, portanto, é que as ferramentas sejam consolidadas na Corte e cada vez mais aprimoradas, abrindo caminhos ao desenvolvimento de novas iniciativas de inteligência artificial com potencial de tornar o Supremo Tribunal Federal cada vez mais eficiente.

Referências Bibliográficas

ANDRADE. Mariana Dionísio. Inteligência artificial para o rastreamento de ações com repercussão geral: o projeto VICTOR e a realização do princípio da razoável duração do

processo. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, n. 21, v. 1, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/42717>. Acesso em 27.11.2022.

AZEREDO, João Fábio Azevedo e. *Reflexos do emprego de sistemas de inteligência artificial nos contratos*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-12122014-150346. Acesso em: 26.11.2022.

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. Revolução 4.0 no Poder Judiciário: Levantamento do Uso de Inteligência Artificial nos Tribunais Brasileiros. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, [S.l.], v. 23, n. 46, p. 65-76, nov. 2019. ISSN 2177-8337. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/256>. Acesso em: 26.11.2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei n.º 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 20.11.2022.

CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos (coords.). *Direito, processo e tecnologia*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CARVALHO FILHO, Antônio. Os atos processuais eletrônicos no CPC/2015. In: *Revista de Processo*. vol. 262/2016, p. 469 – 481. Dez/2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2022*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 20.11.2022.

DIAS, Victor Massante. A Covid-19 e seus impactos no processo civil: uma análise sobre o motivo de força maior como ensejador da suspensão do processo e dos prazos, bem como de efeitos obstativos à preclusão. In: *Revista de Processo*. v. 308, p. 351-368, out.-2020.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Tecnologia Aplicada à Gestão Dos Conflitos No Âmbito Do Poder Judiciário Brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2020. Disponível em:

https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf. Acesso em: 25.11.2022.

_____. *Tecnologia Aplicada à Gestão Dos Conflitos No Âmbito Do Poder Judiciário Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2022. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf Acesso em: 25.11.2022.

FUX, Luiz. *Projetos de Gestão do Ministro Luiz Fux*. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/5-Eixos-da-Justi%C3%A7a-Ministro-Luiz-Fux-22.09.2020.pdf>. Acesso em: 25.11.2022

HÖFLING, Marcel de Souza. *Inteligência artificial no estudo do Direito Processual: metodologia de pesquisa empírica na agenda do acesso à justiça*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. doi:10.11606/D.2.2022.tde-16092022-121920. Acesso em: 26.11.2022.

Inteligência artificial permitirá classificação dos processos do STF sob a ótica dos direitos humanos. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 17 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487134&ori=1>. Acesso em: 26.11.2022.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas. Em *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 6, n.6, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21583/15586>. Acesso em: 20.11.2022.

MAGRANI, Eduardo; GUEDES, Paula. Inteligência artificial: desafios éticos e jurídicos. In CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Compliance e Políticas de Proteção de Dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 4 (Arts. 926 a 1.072). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 526.

MEDINA, José Miguel Garcia; MARTINS, João Paulo Nery dos Passos. A era da inteligência artificial: as máquinas poderão tomar decisões judiciais? In: *Revista dos Tribunais*, vol. 1020/2020, p. 311-338, Out/2020.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. In: *Revista de Processo*. Vol. 285/2018, p. 421/447. Nov/2018.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown Publishers, 2016.

PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da Inteligência Artificial no executivo fiscal: estudo do caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Revista Direito e Movimento*. vol. 17. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_142.pdf. Acesso em 26.11.2022.

PROPÚBLICA. *Machine Bias – There's Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And it's Biased Against Black*. Disponível em: www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing. Acesso em 26.11.2022.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 2a ed. New Jersey: Prentice Hall, 2003.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade da informação. In: *Revista de Processo*. Vol. 227/2018, p. 541/561. Mar/2018. DTR\2018\9002.

SHINOHARA, Luciane. Inteligência artificial, machine learning e deep learning. In PINHEIRO, Patricia Peck (coord.). *Direito Digital aplicado 3.0*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

STF desenvolve Inteligência Artificial aplicada à Agenda 2030 da ONU. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 18 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=481995&ori=1>. Acesso em: 27.11.2022.

VILLANI, Cédric. *Donner uns sens à li'intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne*. 2018. Disponível em: <https://www.aiforhumanity.fr>. Acesso em 26.11.2022.

APLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

EDY WILSON DO PRADO PINTO:

graduando em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis⁷².

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: Este trabalho acadêmico, tem como intuito estudar o princípio da insignificância, ou da bagatela, pois se trata de uma teoria do Direito Penal Brasileiro que determina que as condutas consideradas insignificantes ou de pequena relevância social não devem ser consideradas criminosas e, portanto, não devem ser objeto de processo penal. Esse princípio é aplicado em várias situações, como no caso de crimes tributários de pequeno valor ou de infrações de trânsito com baixo risco de dano. Em geral, sua aplicação depende da análise do caso concreto, considerando a natureza da conduta, o seu impacto social e a eventual lesão decorrente dela. Em análise de situação, no entanto, é importante ressaltar que a aplicação do princípio da insignificância deve ser cuidadosa, já que nem sempre uma conduta aparentemente insignificante pode ser considerada assim em todos os seus aspectos. Por isso, cabe aos juristas e operadores do Direito avaliar cada caso de forma individualizada para decidir se o princípio é aplicável ou não. A metodologia utilizada para realização deste trabalho foi a bibliográfica e web gráfica, com o objetivo de analisar as aplicações do princípio da insignificância em cada caso.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância; Bagatela; Relevância Social.

ABSTRACT: This academic work aims to study the principle of insignificance, or trifle, as it is a theory of Brazilian Criminal Law that determines that conduct considered insignificant or of little social relevance should not be considered criminal and, therefore, should not be subject to criminal proceedings. This principle is applied in several situations, such as in the case of small tax crimes or traffic violations with a low risk of harm. In general, its application depends on the analysis of the specific case, considering the nature of the conduct, its social impact and the possible injury resulting from it. In analyzing the situation, however, it is important to emphasize that the application of the principle of insignificance must be careful, since apparently insignificant conduct cannot always be considered as such in all its aspects. Therefore, it is up to jurists and operators of law to assess each case individually to decide whether the principle is applicable or not. The methodology used to carry out

72 E-mail: edywpp@outlook.com

this work was bibliographic and web graphics, with the objective of analyzing the applications of the principle of insignificance in each case.

Palavras-chaves: Principle of Insignificance; Trifle; Social Relevance.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância ou bagatela, surgiu de doutrinadores com o objetivo de circunscrever a utilização da lei penal em determinadas situações, no qual o delito cometido não causou efetivamente um dano significativo à sociedade. A idealização superior, é de que o Direito Penal, deva ser poupado para infrações de grave ameaça, sendo uma forma de evitar maiores criminalizações de delitos com importância ínfima social.

São objetivos do trabalho demonstrar situações em que haja a aplicação, sendo necessário uma maior observância para aplicar na prática o princípio da insignificância na conduta do agente.

Foi realizada uma pesquisa bibliográfica a respeito do tema e trazer estatísticas sobre a abrangência do assunto estudado.

2.O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA

2.1 Origem do princípio da insignificância

Para um melhor entendimento acerca deste princípio, é necessário compreender sua origem. Posto isso, a doutrina é bastante abstrata sobre a origem do princípio da insignificância. Decerto, diversos doutrinadores afirmam que o princípio supracitado, surgiu a partir do direito romano, sendo remido pelo ordenamento jurídico alemão em 1964 por Claus Roxin.

De acordo com o doutrinador Diomar Ackel Filho (1988), o princípio da insignificância surgiu do Direito Romano, "onde o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante a máxima contida no brocardo *minimis non curat pretor*".

Evidencia-se que o brocardo "*de minimis non curat praetor*", é sua síntese, afinal o direito penal não deve se preocupar com condutas que não causem maiores danos, sendo condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o bem jurídico.

Ademais, vejamos como leciona o doutrinador Fernando Capez (2011, p. 46), acerca do assunto:

O Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.

De acordo com o doutrinador citado, não possui cabimento ao Direito Penal Brasileiro incomodar-se com condutas insignificantes ou bagatelas, devendo descriminalizar condutas inofensivas ou até mesmo incapazes de lesar o bem jurídico.

2.2 Requisitos para a aplicação do princípio

Por se tratar de uma causa supralegal, ou seja, não prevista em lei, o princípio da insignificância tem como objetivo afastar a Tipicidade Penal, não considerando determinados atos como um crime. Deste modo, sua aplicação requer alguns requisitos para ocorrer a absolvição do réu.

De acordo com entendimento superior do Supremo Tribunal Federal, são quatro dos requisitos para aplicação do princípio da insignificância, sendo eles:

- a. Mínima ofensividade da conduta;
- b. Ausência de periculosidade social da ação;
- c. Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e
- d. Inexpressividade da lesão jurídica.

Estabelecidos os requisitos necessários, foi abordado a análise de cada um deles.

A “mínima ofensividade da conduta”, se refere à potencialidade lesiva da ação praticada, ou seja, quando o delito cometido não ofende moral ou fisicamente a vítima ou a sociedade, se tornando uma conduta inofensiva.

Ademais, é necessário que haja a “ausência de periculosidade social da ação”, que consiste de que a ação praticada não tenha nenhum risco à sociedade, isto é, o delito cometido não colocou em perigo ou provocou algum perigo acerca da ação para a pessoa, patrimônio e a sociedade. Dessa forma, não deve existir nenhum perigo na ação cometida.

É exigência que o “reduzido grau de reprovabilidade do comportamento” seja presente, afinal este requisito se trata da culpabilidade do ato. Assim dizendo, o ato praticado não seja reprovado pela sociedade. Como por exemplo, o furto de uma cesta básica por uma pessoa com necessidades, é considerado furto, porém não é reprovado pela sociedade, uma vez que não causou dano e foi realizado com a necessidade de alimentar sua família. Assim sendo, é exigência de que o crime não seja reprovado socialmente.

Já a “inexpressividade da lesão jurídica” se trata de que o dano não deve causar dano expressivo à integridade física, moral e psicológica das pessoas, à vida, aos objetos, ao patrimônio e a própria proteção jurídica que se dá a esses institutos, é o mínimo grau de lesividade da conduta, a lesão causada deve ser inexpressiva para não causar prejuízo a sociedade ou a vítima.

Por fim, todos esses requisitos são verificados cumulativamente e a ausência de algum deles impede a aplicação do princípio da insignificância.

Tais critérios supracitados são objetivos e estão presentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que diz:

Para a incidência do princípio da insignificância, deve ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica.

Os fatores para aplicação do princípio da insignificância se extraem de diversas decisões majoritárias, vejamos:

“PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, "CAPUT") DE CINCO BARRAS DE CHOCOLATE - "RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 20,00 (EQUIVALENTE A 4,3% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO PARA ABSOLVER O PACIENTE. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da

liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada está na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. **Precedentes. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O FATO INSIGNIFICANTE, PORQUE DESTITUÍDO DE TIPICIDADE PENAL, IMPORTA EM ABSOLVIÇÃO CRIMINAL DO RÉU. - A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes” (HC 98.152 -MG, 2.ª T., rel. Celso de Mello, 19.05.2009, v.u.). (grifei)**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. CRITÉRIOS DE ORDEM OBJETIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o

reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP). 2. No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. Assim, somente é possível cogitar de tipicidade penal quando forem reunidas a tipicidade formal (a adequação perfeita da conduta do agente com a descrição na norma penal), a tipicidade material (a presença de um critério material de seleção do bem a ser protegido) e a antinormatividade (a noção de contrariedade da conduta à norma penal, e não estimulada por ela). 3. A lesão se revelou tão insignificante que sequer houve instauração de algum procedimento fiscal. Realmente, foi mínima a ofensividade da conduta do agente, não houve periculosidade social da ação do paciente, além de ser reduzido o grau de reprovabilidade de seu comportamento e inexpressiva a lesão jurídica provocada. Trata-se de conduta atípica e, como tal, irrelevante na seara penal, razão pela qual a hipótese comporta a concessão, de ofício, da ordem para o fim de restabelecer a decisão que rejeitou a denúncia. 4. A configuração da conduta como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva, não podendo ser considerados aspectos subjetivos relacionados, pois, à pessoa do recorrente. 5. Recurso extraordinário improvido. Ordem de habeas corpus, de ofício, concedida. (STF RE 536486, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-05 PP-01083 RMDPPP v. 5, n. 26, 2008, p. 100-105).

Além dos requisitos estipulados, se faz imprescindível abarcar sobre as condições subjetivas do agente, como as condições da vítima, habitualidade na prática de crimes e a reincidência.

No caso do elemento subjetivo da reincidência, historicamente o agente reincidente tinha seu benefício ao princípio da insignificância vedado, afinal não havia interesse da sociedade em absolver o réu que já praticou outros delitos penais anteriormente. Como já havia sido abordado pelo Supremo Tribunal Federal:

No HC 123.108/MG, o paciente fora condenado à pena de um ano de reclusão e dez dias-multa pelo crime de furto simples de chinelo avaliado em R\$ 16,00. Embora o bem tenha sido restituído à vítima, o tribunal local não substituirá a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da reincidência. Nesse caso, o Colegiado, por decisão majoritária, denegou a ordem.

Entretanto, o ato de não aplicar o princípio da insignificância a agentes com reincidência tem sido mudado atualmente na jurisprudência, não afastando obrigatoriamente o princípio ao réu reincidente.

Em decisão do ministro do STF Gilmar Mendes, em abril de 2020, sobre o Habeas Corpus nº 18.138-9. O ministro afirmou que “é equivocado afastar sua incidência [do princípio da insignificância] apenas pelo fato de o recorrente possuir antecedentes criminais”.

Posto isso, a jurisprudência mais atual vem aprovando o pedido da aplicação do princípio da insignificância, independente da reincidência do autor, se observados os requisitos exigidos para a aplicação do princípio, a reincidência não afasta mais a aplicação deste princípio.

Ainda, há de se observar a condição da vítima, se o bem material violado tem algum valor sentimental, sua condição financeira, além de analisar as circunstâncias e o resultado do crime, todas as circunstâncias necessárias para verificar se houve alguma relevante lesão. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, afirma:

Já no ângulo da vítima, o exame da relevância ou irrelevância penal deve atentar para o seu peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeitos da conduta do agente, a ponto de não experimentar revoltante sensação de impunidade ante a não incidência da norma penal que, a princípio, lhe favorecia. (Supremo Tribunal Federal 2ª T. – HC110.953/RS j.13.04.2012 – public.16.04.2012 Cadastro IBCCRIM 2784)

Ademais, a habitualidade delitiva criminosa se configura quando o agente faz do crime sua subsistência, praticando a atividade frequentemente, como por exemplo o ladrão. Se torna uma reiteração criminosa, que se trata da prática de realizar crimes como um costume. Porém, não confunda a habitualidade delitiva com o crime habitual, pois o crime habitual depende de uma reiteração criminosa para que haja a consumação, é uma prática reiterada de determinada conduta. Com isso, a habitualidade delitiva é a reiteração criminosa e, o crime habitual depende da reiteração criminosa para se consumir.

Por fim, o elemento subjetivo da habitualidade é quando vários delitos são cometidos em uma pequena proporção que ao final daria um crime. Como por exemplo, um agente que furta de uma caixa registradora todo dia o valor de R\$ 30,00 reais, totalizando ao final do mês um valor de R\$ 900,00 reais, se todo dia o princípio da insignificância fosse aplicado para descriminalizar a conduta do furto de R\$ 30,00 reais, ao final nunca se configuraria o crime.

Portanto, o princípio da insignificância necessita de requisitos, tanto como os objetivos, como os subjetivos para sua aplicação na prática, dependendo muito do caso analisado e do perfil do agente.

3.PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E TIPCIDADE MATERIAL

Dentro do Direito Penal Brasileiro, existem teorias, dentre elas existe a teoria do delito, que caracteriza os critérios para identificar se uma ação é um delito criminoso ou não.

Ao se configurar um delito, é necessário que haja três substratos distintos: a tipicidade, antijuridicidade e a imputabilidade. Desse modo, a conduta só pode ser punida como crime se existirem os elementos do crime.

O princípio da insignificância atinge a tipicidade, que se divide em duas partes, na formal e no material. Dentro da tipicidade formal, se encontra os crimes previsto em lei, ou seja, a conduta do agente atinge diretamente a descrição abstrata prevista no ordenamento penal.

Já a tipicidade material, trata-se do impacto da ação para a coisa, o afetado, o direito e a sociedade. É dentro da tipicidade material que se observa a lesão do bem jurídico tutelado, como por exemplo, o furto de uma caneta, não há tipicidade do fato, ou seja, uma conduta irrelevante, se tratando da conduta do agente e o resultado do crime. Sendo assim, o furto que foi praticado se torna materialmente atípico.

O princípio da insignificância é uma causa supralegal de exclusão da tipicidade material. Deste modo, ao excluir a tipicidade material, afasta o fato típico, consequentemente o próprio crime.

Como é o disposto na jurisprudência:

(...) Ainda que formalmente a conduta executada pelo sujeito ativo preencha os elementos compositivos da norma incriminadora, mas não de forma substancial, é de se absolver o agente por atipicidade do comportamento realizado, porque o Direito Penal, em razão de sua natureza fragmentária e subsidiária, só deve intervir, para impor uma sanção, quando a conduta praticada por outrem ofenda ao bem

jurídico considerado essencial à vida em comum ou à personalidade do homem de forma intensa e relevante que resulte uma danosidade que lesione ou o coloque em perigo concreto” (TACrim. Apel. 998.073/2, Rel. Márcio Bártoli, 03.01.1996).

Ademais, o princípio da insignificância não é excludente da culpabilidade, trata-se da excludente de tipicidade, que resulta na inexistência de crime. Portanto, para a aplicação do princípio é necessário que se encaixe nos requisitos exigidos para a aplicação do princípio da insignificância, como já foi supracitado.

3.1 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *última ratio* do Direito Penal, tem como fundamento de que o Estado somente deve intervir quando for verdadeiramente necessário, ou seja, quando todos os outros ramos do Direito não forem suficientes para a resolução do caso, quando os meios administrativos ou civis falharem.

O doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 13), assevera sobre o assunto:

O princípio da intervenção mínima, também conhecida como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficiente medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *última ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Outrossim, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 73), dispõe que este princípio deva possuir um caráter subsidiário referente aos outros ramos do ordenamento jurídico, como por exemplo a aplicação de uma multa através do Direito Administrativo, ou ao Direito Civil, impondo a reparação de danos:

Atualmente, somente para exemplificar, determinadas infrações de trânsito possuem punições mais temidas pelos motoristas, diante das elevadas multas e ganho de pontos no prontuário, que podem levar à perda da carteira de habilitação – tudo isso, sem o devido processo

legal – do que a aplicação de uma multa penal, sensivelmente menor.

Por fim, o Direito Penal deve ser aplicado em última circunstância, sendo *ultima ratio*, devendo recair sobre os bens jurídicos mais preciosos da sociedade, como a vida, patrimônio, liberdade de ir e vir e entre outros.

3.2 Princípio da fragmentariedade e subsidiariedade

O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos existentes no ordenamento, tutelando somente os bens mais relevantes para a sociedade, sendo um caráter fragmentário, afinal nem todas as ações deverão ser punidas pelo Direito Penal, somente as mais graves.

Dessa forma, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 45) dispõe:

(...)o caráter fragmentário do direito penal, apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática impudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito considerem antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como a homossexualidade ou a mentira.

Com base nas informações expostas, o Direito Penal deverá tutelar somente as condutas lesivas mais graves, não abrangendo os casos com mínima relevância, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, pois ocupa somente uma parte dos bens tutelados.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça aborda sobre o tema:

"que este [a fragmentariedade] não deve ser invocado quando os conflitos sociais puderem ser resolvidos pelos outros ramos do Direito. Como corolário, o princípio da fragmentariedade elucida que não são todos os bens que têm a proteção desse ramo do direito, mas apenas alguns, que são os de maior importância para a vida em sociedade, ou seja, pelo menos em tese, são os mais importantes e necessários ao convívio social" (REsp 1.252.635-SP).

Enquanto, o princípio da subsidiariedade se manifesta no plano concreto, quando nenhum outro Direito conseguir tutelar os bens jurídicos. Portanto, este princípio decorre

da intervenção mínima, onde o Direito Penal deve ser usado como ultimo recurso, atuando somente quando os outros ramos não forem suficientes.

O Superior Tribunal de Justiça aborda acerca da temática:

"que para configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que inexista sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação" (HC 92.655).

Por fim, o Direito Penal deve ser subsidiário e fragmentário, não devendo permanecer em um assunto já excessivamente discutido.

4. CRIMES ONDE SÃO INAPLICÁVEIS O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça tem negado aplicações do princípio da insignificância em casos onde envolva crimes de falsificação, violência ou grave ameaça à pessoa e tráfico de drogas. A aplicação do princípio, deve analisar os quatros requisitos citados anteriormente, bem como os elementos subjetivos do caso.

4.1 Aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais

Em relação aos crimes ambientais, a doutrina e a jurisprudência se controvertem quanto a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais. De acordo com o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Alguns doutrinadores afirmam que as características da lesão a bens difusos, seriam suficientes para demonstrar a gravidade da conduta. Isto posto, afastaria a aplicação do princípio da insignificância em relação aos delitos ambientais, pois a proteção ao ambiente se impõe para futuras gerações e ao poder público. Assim:

"Trata-se de área de preservação permanente e, tendo o recorrido dela se utilizado com infringência das normas de proteção ambiental, não há falar-se em irrelevância penal da conduta incriminada, considerando que a indisponibilidade do interesse tutelado não admite transigir com sua ofensa". (RCCR 2002.34.00.006996-3/DF,

Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, DJ de 02/05/2005, p.43).

Por outro lado, a jurisprudência admite a aplicação da insignificância quando o bem jurídico não tiver uma extensão lesiva, *in verbis*:

“APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A FAUNA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE LESÃO AO SISTEMA ECOLÓGICO. Aplica-se o princípio da insignificância, mesmo em crimes ambientais, se a conduta do agente não causa qualquer lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, ao meio ambiente, pois o acusado apenas foi flagrado com as redes de pescar, sem ter havido a pesca efetiva de algum peixe”. (TJMG, Apelação Criminal 1.0701.12.019735-8/001, Relator(a): Des.(a) Denise Pinho da Costa Val, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 03/09/2013, publicação da súmula em 11/09/2013).

“HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUITA. INEXISTÊNCIA DE DANO AMBIENTAL PASSÍVEL DE ENQUADRAMENTO LEGAL. ACEITAÇÃO DO SURSIS PROCESSUAL. ART. 89 DA LEI N.º 9.099/95. RENÚNCIA AO INTERESSE DE AGIR QUE NÃO FOI RECONHECIDA PELO STF, QUE DEFERIU ORDEM PARA DETERMINAR O EXAME DO MÉRITO PELO STJ. 1. O bem jurídico protegido pela lei ambiental diz respeito a áreas cujas dimensões e tipo de vegetação efetivamente integrem um ecossistema. A lei de regência não pode ser aplicada para punir insignificantes ações, sem potencial lesivo à área de proteção ambiental, mormente quando o agente se comporta com claro intuito de proteger sua propriedade, no caso, com simples levante de cerca, em perímetro diminuto, vindo com isso, inclusive, a resguardar a própria floresta nativa. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal em tela”. (STJ, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 12/06/2006, QUINTA TURMA).

Dessa forma, se verifica que a jurisprudência acerca dos crimes ambientais não é pacífica, pois o meio ambiente é bem jurídico a ser tutelado. Enquanto, uma posição jurisprudencial admite que o dano gerado não atinge potencial de lesão ao meio ambiente.

Inobstante da divergência doutrinária, a jurisprudência é consolidada acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância aos requisitos necessários, como mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de

reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica, como foi analisado anteriormente.

Presente os requisitos necessários, o Superior Tribunal de Justiça, tem admitido a aplicação do princípio da insignificância quando for demonstrado que foi ínfima a lesividade ao bem ambiental tutelado.

Portanto, é entendimento que o Direito Penal deva intervir somente quando a conduta ocasionar lesão jurídica de gravidade, sendo atípico o caso quando for perturbação jurídica leve.

4.2 Dos crimes de violência doméstica e familiar

Os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, pode ser de forma psicológica, física, patrimonial, sexual ou através de algum outro meio que cause risco a vida da mulher.

Ademais, atualmente a súmula 589-STJ, dispõe que:

É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.

Portanto, crimes praticados contra a mulher no âmbito das relações domesticadas, têm vedado a aplicação do princípio da insignificância, não sendo possível se beneficiar do princípio.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que não se aplica o princípio da insignificância nos crimes de violência doméstica praticados contra a mulher. Vejamos:

"[...] VIAS DE FATO. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INAPLICABILIDADE. [...] 1. A jurisprudência desta Corte Superior não admite a aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela imprópria no que se refere aos crimes ou às contravenções penais praticados contra mulher no âmbito das relações domésticas, haja vista o bem jurídico tutelado. [...]" (AgRg no AREsp 535917 MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 23/06/2016)

"[...] LESÕES CORPORAIS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. [...] 1. A jurisprudência do STJ orienta que o princípio da insignificância não

se aplica a delitos praticados em ambiente doméstico devido ao relevante desvalor da conduta, mesmo diante da preservação ou do restabelecimento da relação familiar e de o agressor ser dotado de condições pessoais favoráveis. [...]" (AgRg no AREsp 845105 SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016)

A conduta não pode se beneficiar do princípio da insignificância, tendo em vista, que está relacionado com o grau de reprovabilidade da conduta. Sendo um requisito necessário para a aplicação do princípio, o qual não é cumprido quando se trata de violência doméstica e familiar contra a mulher.

4.3 Dos crimes praticados contra a Administração Pública

Havendo todo o conceito acerca do princípio da insignificância, bem como os requisitos necessários para a sua aplicação, veremos agora como funciona a aplicação do princípio no âmbito da Administração Pública.

Segundo o doutrinador Greco (2013, p. 389), os crimes praticados contra a Administração Pública são os mais lesivos, pois são cometidos contra a população no todo, visto que, quando a Administração Pública é afetada, indiretamente a população também sofre com isso. Portanto, são crimes que afetam acertadamente o interesse público no modo geral, sendo o serviço público a sociedade.

Esclarece a súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça, que:

O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. (Súmula 599, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017).

Portanto, de acordo com o STJ, o princípio é vedado aos crimes praticados contra a administração pública, entretanto, o Supremo Tribunal Federal é contrário ao posicionamento, considerando a atipicidade no HC107370, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/04/2011:

Subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R\$ 130,00 (cento e trinta reais). 3. Aplicação do princípio da insignificância, considerados crime contra o patrimônio público. Possibilidade.

Neste caso em análise, o crime cometido não fora suficiente para lesionar a Administração Pública, sendo aplicável o princípio da insignificância.

Ainda, Capez (2018), esclarece que:

Não existe razão para negar incidência nas hipóteses em que a lesão ao erário for de ínfima monta. É o caso do funcionário público que leva para casa algumas folhas, um punhado de clips ou uma borracha, apropriando-se de tais bens.

Dessa forma, elucida que o Direito Penal tutela os bens jurídicos de uma forma objetiva, não o moral.

Por fim, pelo exposto existe controvérsias na doutrina e na jurisprudência acerca da aplicação do princípio da insignificância nos crimes cometidos contra a Administração Pública, que enquanto não decidir com uma regra geral, será necessário a avaliação de todo o caso concreto, sendo indispensável a ponderação de valores em cada situação. Em todo o modo, se o caso analisado gerar lesão a Administração Pública, não será aplicado o princípio da insignificância ou bagatela.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como abordado no presente artigo, verificamos que o princípio da insignificância é um assunto abrangente, onde doutrinadores divergem de alguns pontos e concordam pacificamente em outros. Entretanto, o tema é claro em dizer que esse princípio se aplica em casos em que é ínfima a importância social do crime cometido.

Cada caso ao ter seu pedido de insignificância solicitado, necessita de uma análise avaliadora sobre a concordância ou não deste princípio, afinal, por um lado ao ter seu pedido deferido evita superlotações em presídios, que por se tratar de um caso de ínfima relevância social, não tem lesões, afastando assim a Tipicidade Penal. Contudo, existe divergências entre doutrinadores e desembargadores acerca de casos específicos na sociedade.

O objetivo foi apresentar os requisitos para sua aplicação, a divergência entre casos, como os crimes cometidos contra a Administração Pública e os casos em que já são pacificados os entendimentos em que é vedado o uso do princípio da insignificância.

Vale destacar, que ainda não há uma regra geral que define o uso do princípio da insignificância, sendo algo supralegal, que necessita de doutrinadores e jurisprudências acerca do assunto comentado neste artigo.

Concluisse, portanto, que o princípio da insignificância necessita de uma maior pacificação acerca do tema, pois atualmente cada caso é necessário uma avaliação, sendo que existem divergências relativamente a cada crime ou infração cometida. Assim sendo,

o assunto deve ser pacificado e incluído no ordenamento jurídico brasileiro de uma forma mais objetiva, afinal em alguns casos o princípio é deferido e outros casos não, gerando controvérsias no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL, Filho, Diomar. **o princípio da insignificância no direito penal**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, v. 94, 1988.

O princípio da insignificância e a reiteração de conduta. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/8387>. > Acessado em: 12 de abril de 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Não se aplica o princípio da insignificância**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/edb947f2bbceb132245fdde9c59d3f59>>. Acesso em: 12 de maio 2023.

CAVALCANTE, Márcio André. **Princípio da Insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª Ed. Dizer o Direito, 2014. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-insignificancia/>. Acessado em: 19 de abril 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal- parte especial**. 9 ed. Niterói. Impetus, 2013.

CAPEZ, FERNANDO. **Curso de direito penal**, Vol. I. 22 ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal**. v.1. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ASSUMPÇÃO, Vinicius; ARAÚJO, Fábio Roque. **Direito Penal - Resumos para Concursos**. 2ª edição. Salvador: Editora JusPodium. 2016

D'AVILA, Fábio Roberto. Breves notas sobre o direito penal ambiental. Boletim IBCCRIM n. 214.

A INEFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ÓRGÃOS

JÉSSICA TESSARI DA SILVA:

Graduanda do Curso de Direito da
Universidade Brasil, Campus de
Fernandópolis/SP.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: Os grandes avanços médicos e farmacológicos do século passado geraram uma expansão do transplante de órgãos humanos em todo o mundo, todavia devido a questões sociais e econômicas, criou-se situações que favorecem o crime do tráfico de órgãos, um comércio ilegal de órgãos, baseado em uma demanda paradoxal: devido à baixa oferta de doações altruístas (voluntárias e não remuneradas) e à alta demanda por diferentes tipos de órgãos, criou-se um ciclo de oferta e demanda. O tráfico de órgãos não tem fronteiras nem limites, já que as organizações criminosas e, em alguns casos particulares, chegam a oferecê-los na internet ao maior lance, já que existem milhares de pessoas no mundo que precisam do transplante de um órgão ou tecido para salvar suas vidas ou melhorá-las substancialmente. Partindo dessa importância o trabalho visa discorrer sobre os principais elementos relacionados ao tráfico de órgãos, tais como o histórico de transplantes no Brasil, a demanda pelos órgãos, a tipificação criminal e a legislação brasileira versus o protocolo de Palermo.

Palavras-chave: comércio ilegal de órgãos, transplante de órgãos, tráfico de órgãos.

ABSTRACT: The great medical and pharmacological advances of the last century have generated an expansion of human organ transplantation all over the world, however due to social and economic issues, situations have been created that favor the crime of organ trafficking, an illegal trade in organs, based on in a paradoxical demand: due to the low supply of altruistic donations (voluntary and non-remunerated) and the high demand for different types of organs, a cycle of supply and demand was created. Organ trafficking has no borders or limits, as criminais organizations and, in some specific cases, even offer them on the internet to the highest bidder, as there are thousands of people in the world who need an organ or tissue transplant to save their lives or substantially improve them. Based on this importance, the work aims to discuss the main elements related to organ trafficking, such as the history of transplants in Brazil, the demand for organs, criminal classification and Brazilian legislation versus the Palermo protocol.

Keywords: illegal organ trade, organ transplantation, organ trafficking.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a demanda por transplantes clínicos de órgãos humanos se multiplicou, e tudo isso como consequência de inúmeras doenças cuja cura depende desse tipo de intervenção, já que carecemos de mecanismos médicos hábeis para curá-los e o órgão em questão precisa muitas vezes ser completamente substituído (MATTE, 2017).

O declínio constante no número de órgãos disponíveis cria dois cenários: primeiro, o número de pessoas dispostas a pagar bem ao doador diretamente (turismo de órgãos) poderia ser aumentado, o que afetaria diretamente o número de pessoas dispostas a assumir o risco envolvido na doação sem receber remuneração. O segundo cenário possível surge quando um terceiro é contatado para cometer o crime de tráfico de órgãos, o que diminuirá o número de pessoas dispostas a doar um órgão, ao mesmo tempo em que aumentará o número daqueles que acessam esses serviços como último recurso para salvar suas vidas (ANDRADE, 2008).

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), o tráfico de órgãos é classificado como o segundo crime mais lucrativo, perdendo apenas para o tráfico de armas (BIASIBETTI, 2021).

Esta situação gerada pelos notáveis avanços na medicina moderna gerou uma confiança da população neste tipo de prática, que devido à sua fecundidade comum e ao seu alto índice de sucesso entre os pacientes terminais, vem sendo cada vez mais procurado. E como consequência das razões expostas, nos países desenvolvidos temos apreciado um número crescente de transplantes de órgãos que escapam dos limites estabelecidos pela Governança, gerando com ela o surgimento de um autêntico mercado negro de cunho clínico que vai além de nossas próprias fronteiras (CASTILO, 2017).

A Organização Mundial de Saúde (OMS), eu estimo que 5% do total de transplantes realizados no mundo, que possuem uma ligação direta com o tráfico de órgãos. Em números 22 mil transplantes de fígado, 66 mil transplantes de rins e 6 mil transplantes de coração a cada ano (GOUSSINSKY, 2015).

. O transplante de órgãos é um avanço médico relativamente moderno que envolve a cura milhares de pessoas por ano como resultado em bom funcionamento, de acordo com os princípios e requisitos estabelecidos por cada Estado, seguindo o código de boas práticas médicas, pelo que requer regulamentação e organização específicas. O mecanismo de transplante de órgãos no Brasil, visa desenvolver e disponibilizar aos pacientes um tratamento com base na solidariedade entre os cidadãos. (pacientes, doadores, famílias etc.). É por essa solidariedade que o termo doação de órgãos seja sempre utilizado, levando em conta os princípios da gratuidade e o altruísmo deve estar sempre presente no

momento da realizar este tipo de intervenção no enquadramento jurídico (MARINHO e SCHRAMM, 2016).

O problema vem quando se distancia da legalidade, e a doação torna-se comércio (compra venda, a gratuidade e o altruísmo tornam-se onerosos e orientados para o lucro, entra-se numa zona pantanosa que se esvazia, literalmente, em águas nacionais e internacionais (ÁVILA, 2008).

Consoante a declaração de Istambul, o tráfico de órgãos consiste no recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de pessoas vivas ou mortas, que por meio de coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder, situação de vulnerabilidade, ou da oferta por terceiros de pagamentos ou benefícios ao potencial doador, para fins de exploração através da remoção de órgãos ou partes do corpo humano são negociados como simples mercadoria acarretando sérias lesões ou até mesmo amorte do indivíduo (AZEVEDO, 2021).

O crescimento exponencial deste tipo de prática ilegítima, a qual aproveita-se muitas vezes das carências econômicas de países subdesenvolvidos, ou de pessoas com graves dificuldades financeiras, dando origem a mobilização de instituições nacionais e internacionais, conseqüentemente, forja os Estado prevenir a proliferação desse incipiente mercado clandestino dedicado à venda ilegítima de saúde em troca de dinheiro. Assim nasceu a proibição do tráfico de drogas, órgãos e o comércio ilícito de órgãos humanos, que estão associados ao chamado "turismo de transplantes". Tanto é que os legisladores são forçados e levados internacionalmente a responder a esta situação crescente e alarmante (CANAL JURÍDICO CRIMINAL, 2019).

Diante dessa importância o presente trabalho tem como objetivo discorrer sobre os principais elementos relacionados ao tráfico de órgãos humanos e sua implicação no direito brasileiro e internacional.

1. HISTÓRICO DE TRANSPLANTES NO BRASIL

O transplante mais significativo na história médico-cirúrgica, foi uma cirurgia de coração, realizada na África do Sul no ano de 1967, quando o cirurgião responsável Christian Barnard realizou uma transplantação cardíaca, nela houve a substituição do coração de uma jovem que sofreu acidente de trânsito e teve o seu cérebro totalmente destruído com o impacto, antes do procedimento houve inúmeras discussões sociais, decorrente do fato que a doadora foi considerada morta em razão da morte cerebral e não pela paralisação de seus órgãos vitais (MATTE, 2017).

Antes da realização de transplante em seres humanos, já havia ocorrido inúmeros experimentos em animais. No ano de 1905, foi realizado um estudo cujo objetivo era transplantar o coração de um animal para o outro, e observar a funcionalidade e habilidade deste órgão transplantado pós-cirurgia. Na década de 1960 outros avanços foram registrados em relação as medicações Bing imunossupressoras, foi a partir deste Marco aqui os médicos tentaram realizar transplantes entre órgãos e tecidos, como por exemplo o transplante da medula óssea, fígado, pele, ossos e pulmões (SANTOS et al., 2022).

Em termos históricos foi no ano de 1968, no dia 26 de maio que através do doutor Zerbini, no hospital das clínicas da faculdade de medicina da Universidade de São Paulo, foi realizado um transplante cardíaco, infelizmente após 28 Dias o paciente veio a óbito, decorrente de uma rejeição do órgão transplantado (JORNAL BRASILEIRO DE TRANSPLANTES JBT, 2016).

Entretanto há controvérsias em relação a esse importante Marco no Brasil, vez que por meio de uma redescoberta, haveria ocorrido em 16 de abril de 1964, um paciente de 18 anos, teria recebido um rim de uma criança, no Hospital dos Servidores do Estado (HSE) do Rio de Janeiro. Esse fator histórico ainda é motivo de controvérsia, visto que não houve um registro deste transplante na época, ocorrendo uma contestação da Nefrologia, o que há são duas reportagens de ampla cobertura, dois dias após o transplante (JORNAL BRASILEIRO DE TRANSPLANTES JBT, 2016).

A melhoria da terapia de transplante, a única possível contraminou doenças mortais, permitindo a generalização e expansão a nível deste tratamento, tanto em países desenvolvidos ou em desenvolvimento, gerando uma demanda crescente de órgãos humanos para transplante, que não pode ser coberto pela oferta proveniente de doações altruístas, seja de cadáver ou doador vivo. Essa escassez de órgãos se apresenta-se como uma oportunidade de negócios para organizações criminosas, que se aproveitam da assimetria legal e socioeconômica existente em diferentes partes do planeta (AMARAL, 2018).

Estima-se que o tráfico de órgãos gera lucros que variam de 840 milhões a US\$ 1,7 trilhão por ano. A pobreza extrema de alguns setores da população nos países menos desenvolvidos, juntamente com a já mencionada escassez de órgãos humanos, para o transplante criou um comércio ilícito de órgãos, tecidos e de cadáveres. Em particular, identifica-se três assimetrias que explicam esse expansivo mercado negro: a primeira tem a ver com a ausência de meios legais ou outros para proibir e acompanhar esses fatos; a segunda diz respeito ao fato de que, certos lugares, são conhecidos como "as aldeias dos rins", vender um rim tornou-se algo praticamente rotineiro ou relativamente cotidiano. A terceira afeta a corrupção de autoridades, tornando possível maximizar os benefícios econômicos que são gerados com esse crime (MATTE, 2017).

Um relatório apresentado à OMS em 2007 estimou que, dos transplantes renais realizados na época, entre 5% e 10%, eram provenientes deste comércio infame, o tráfico de órgãos humanos para transplantação apresenta-se, assim, como um trampolim para uma realidade fria que tem dimensões transnacionais.

O tráfico de seres humanos, a venda de órgãos de pessoas falecidas, associados a baixa renda e ao mercado negro, criaram o termo turismo de transplante. Este termo foi adotado na Assembleia da OMS em (2004), e refere-se aos transplantes realizados no exterior, em que o receptor obtém o órgão, seja através do tráfico ou por outros meios que viole os regulamentos do país de origem. O turismo de transplantes está associado, portanto, a comercialização dos órgãos, criminosos recrutam doadores, estes, por sua vez, compõem a parte da população marginal e mais pobre para quem vender o órgão e a única forma de sair da miséria. Este é o conceito acolhido favoravelmente na Declaração de Istambul, adotada em 2008 e revista em 2018 pela Sociedade de Transplante e Sociedade Internacional de Nefrologia (BIASIBETTI, 2021).

Graças ao progresso técnico das últimas décadas, o transplante de órgãos deixou de ser um procedimento praticamente experimental, que era realizado apenas por centros de elite, para se tornar uma intervenção terapêutica praticada em hospitais de todo o mundo (TORRES, 2007).

2. A DEMANDA PELOS ÓRGÃOS

No entanto, o aumento do número de transplantes realizados em todo o mundo e a crescente taxa de sucesso das intervenções também trouxeram consigo problemas significativos. O mais relevante é que a oferta de órgãos não avançou no mesmo ritmo da demanda e nenhum país tem órgãos suficientes para cobrir as necessidades de sua população, a ponto de a mortalidade na lista de espera de alguns órgãos chegar a 10% em alguns países (COSTA, 2017).

Nesses últimos dez anos (2012-2022), nosso país superou mais de 84 mil transplantes, entre os órgãos mais transplantados destaca-se o rim com um total de 57.838 (22,3 pmp), na segunda posição o transplante de fígado com um total 20.476 (9,4 pmp), em terceiro lugar o transplante de coração, um total de 3.452 (1,7 pmp) (REMEDI, 2023).

Essa situação tem gerado uma demanda por órgãos por parte de pacientes com recursos econômicos que estão dispostos a viajar, mudar de país e até esquecer certos escrúpulos éticos para conseguir um órgão. O fenômeno da compra e venda de órgãos humanos foi e é crescente em países como a Índia esse comércio era legal até 1995, enquanto na China e no Paquistão, entre outros, há evidências de sua prática (FILARD e SENA, 2022).

Na cúpula internacional sobre turismo de transplantes e tráfico de órgãos, realizada em maio de 2008, um total de 152 representantes de instituições públicas e organismos médicos e científicos de 78 países concordaram com a Declaração de Istambul. Esta declaração considera que o tráfico de órgãos e o turismo de transplantes violam os princípios da igualdade, da justiça e do respeito pela dignidade humana e devem ser proibidos, e cabe a cada Governo criar um quadro jurídico acompanhado de medidas penais para os envolvidos em tais atividades e proibir qualquer publicidade de pedidos ou ofertas de órgãos (GARCIA, 2020).

O transplante de órgãos tem sido um dos mais relevantes avanços terapêuticos do século XX. Há poucas décadas, nenhum especialista pensava que esta dupla operação pudesse ser realizada com resultados satisfatórios. Mas agora a cirurgia de substituição se tornou uma intervenção de rotina que é realizada em hospitais de todo o mundo e consegue salvar a vida de milhares de pacientes todos os anos. O elevado número de transplantes realizados e seus resultados positivos, no entanto, não evitam a morte de muitos dos pacientes que aguardam tratamento. Esse problema, segundo organizações internacionais, é a principal razão pela qual o tráfico de órgãos humanos está emergindo e se consolidando. A ONU e o Conselho da Europa estimam que entre 5% e 10% dos rins que são transplantados no mundo anualmente têm origem ilegal. Mesmo na Espanha, líder mundial em doação e transplante há mais de 25 anos, casos de tráfico de órgãos humanos foram detectados (MATTE, 2017).

A Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO), informou que no dia 25 de novembro de 2019, 45 mil pacientes encontravam-se na fila de transplantes, revelando de novo na verdade confirmando uma escassez de órgãos para doação, na maioria dos casos há uma espera exacerbada levando o paciente a óbito, esse dado foi divulgado com intuito de demonstrar e conscientizar a população brasileira sobre a necessidade da doação de órgãos, conforme indicado na tabela 1 (BILIA, 2018).

Tabela 1. Relação entre a quantidade de transplantes realizados e o número de pacientes ativos na lista de espera no Brasil.

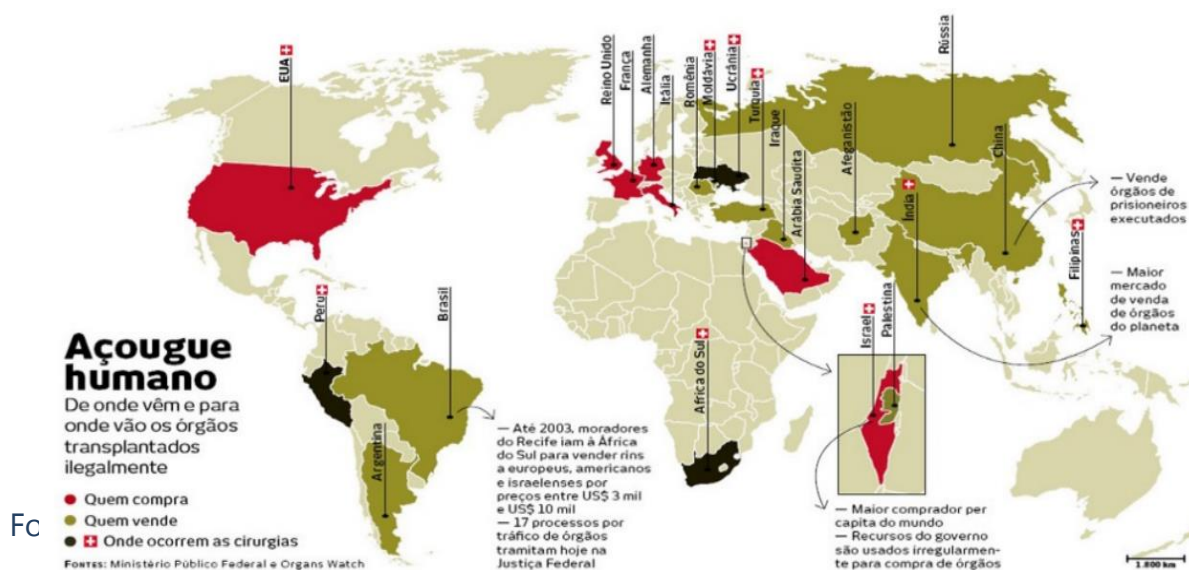
Número total de transplantes realizados entre janeiro e junho de 2020.	Número de pacientes ativos na lista de espera no Brasil (incluindo os pediátricos) no mês de junho de 2020.
8.267	41.555

Fonte: ABTO, 2019.

Pode-se afirmar que este número, ao mesmo tempo que mostra um aspecto negativo devido à quantidade de pacientes que se encontram fila de transplante, Bing o nosso país é ainda é reconhecido mundialmente como um dos países com a maior quantidade de transplantes efetuados. Bing entretanto o número não é suficiente em alguns casos favorece a procura do mercado ilegal de órgãos, fortalecendo assim o tráfico de órgãos (CASTRO, 2021).

Apesar do fato ser antigo, o comércio ilegal dos rins envolvendo o Brasil (em destaque o estado de Pernambuco), África do Sul e Israel (figura 2), voltou a ser noticiado pela imprensa denominado como operação Bisturi reforçando a incidência dos casos (BILIA, 2018).

Figura 1. Açougue humano. De onde vêm e para onde vão os órgãos transplantados ilegalmente.



algun em comum, que a vontade de explorar outros seres humanos, obtendo para si fins lucrativos, sabe se o valor do dinheiro, mas não se enxerga o valor humano (BILIA, 2018).

3. DO CRIME

Nesse contexto, o direito internacional adotou inúmeros instrumentos normativos com recomendações de todos os tipos para que os Estados contribuam para a erradicação do problema. Em particular, sugere-se, a adoção de medidas preventivas e sanções adequadas à gravidade de tais práticas. Como resultado dos impulsos internacionais, os esforços nacionais para reprimir o tráfico de órgãos humanos têm sido múltiplos e

constantes nos últimos anos. Tanto que a maioria dos países possuem tipificação penal, com sanções para esses crimes (CASTRO, 2021).

O tráfico de órgãos é difícil classificar, pois entende-se que mais de um interesse é lesado com ela. De um lado temos a saúde individual e a integridade física do emissor e receptor do órgão, e de outro uma ofensa à dignidade das pessoas bem como um dano à saúde pública, e mais especificamente contra o bom funcionamento do sistema de transplante. É, portanto, um crime de caráter multiofensivo (PRADO, 2022).

A lesão à saúde individual e à dignidade das pessoas é notório neste tipo de crime e não levanta mais polêmica. Não acontece o mesmo com prejuízo à saúde pública. Entende-se que em determinada parte prejudica a saúde pública com base em que o que está envolvido no tráfico ilícito de órgãos humanos é um descontrole médico avassalador e doentio em todas as intervenções clandestinas de transplante que são realizados. Isso representa um sério risco para a saúde da sociedade pluralista pelo fato de serem não mais extraído, mas introduzindo nas organizações da cidadania, muitas vezes com a aparência de legitimidade e boas práticas, elementos estranhos que não passam por nenhum controle e podem ser facilmente completamente prejudiciais ao seu destinatário (SANTOS et al., 2022).

Sobre isso base, o crime de tráfico de órgãos é semelhante a outro crime de tráfico bem conhecido, como o crime do narcotráfico. Em ambos os casos, a saúde dos cidadãos fica comprometida com condutas que ameaça o bem-estar da população uma vez que coincidem no comércio com elementos que podem ser nocivos, e até letais, com a consequente vontade de vendê-los para o maior lance e que ele acaba incorporando seu próprio organismo sendo suas consequências altamente perigosas (BIASIBETTI, 2021).

Além disso, é sabido por todos que o latente mercado negro de órgãos ameaça a visão pacífica e ordeira que temos da nossa sociedade. É imperativo que a saúde pública, bem sistema legal protegido é ferido pela mera existência de um mercado em expansão que põe em risco os interesses os habitantes. Acredita-se, portanto, que a ameaça de ser extorquido ou enganado por um setor que busca aproveitar a situação econômica, principalmente na precariedade que atualmente abala um setor notável da população - também causa uma constantes danos à saúde pública (CASTILHO, 2021).

A tendência doutrinária majoritária sobre o bem legalmente-criminalmente protegidos da saúde pública, é entender que esse conceito vai dirigida à coletividade e não ao indivíduo, assumindo o Estado o dever de zelar pela qualidade de vida e saúde, em bom cumprimento do mandato legal que deriva do direito à proteção da saúde. Desta forma, assegura-se que o Estado exige legislação intervencionista que protege a saúde pública e que pune todos os comportamentos de cuidado assegurando que além de punir a lesão manifestada a saúde individual da vítima, é evitar que tais atos se tornem um negócio para

terceiros. Pode-se estimar que nem a saúde do receptor nem a do doador são protegidas, mas a saúde pública, já que a lesão o doador já se enquadra no tradicional litígio das lesões independente de qual tenha sido a especificidade do propósito da lesão (AMARAL, 2018).

O perfil das vítimas de tráfico de órgãos, demonstra que são geralmente jovens, homens ou mulheres, que vivem abaixo do limiar da pobreza, com um risco muito elevado de exclusão social, com enormes problemas econômicos. Muitos analfabetos têm pouca capacidade de compreender as informações que lhes são fornecidas sobre os riscos e consequências para a remoção de seu órgão. As vítimas geralmente são contatadas pela internet, são recrutadas com promessas de benefícios econômicos para cobrir dívidas pessoais ou familiares, ou promessas de empregos (CASTILHO, 2021).

No ano de 2016, quando uma rede de tráfico de órgãos foi desmantelada em Rawalpindi, no Paquistão. As pessoas eram recrutadas em aldeias (figura 2) com a promessa de conseguir um emprego na cidade e, quando chegavam, eram amontoadas em uma casa e obrigadas a esperar que um receptor compatível com seus órgãos aparecesse. É importante lembrar que a causa raiz do tráfico de órgãos está na gritante desigualdade entre a demanda por órgãos para transplante e a oferta de doadores no mundo (AZEVEDO, 2021).

Figura 2. Aldeias dos rins.



Fonte: Goussinsky, 2015.

Enquanto a origem deste problema (que afeta todos os países do mundo) não for resolvida, continuaremos a ver imagens dolorosas resultantes destes crimes e os doentes

em lista de espera continuarão a procurar desesperadamente salvar as suas vidas a qualquer preço (GOUSSINSKY, 2015).

4. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA VERSUS PROTOCOLO DE PALERMO

Como salientado acima há um desequilíbrio entre o número de doadores e os pacientes que necessitam de um novo órgão, favorecendo o mercado pela busca de órgãos de forma criminosa, tanto no âmbito nacional quanto Internacional. Há alguns países que por meio do seu ordenamento jurídico visa a diminuição da prática, como por exemplo a Espanha, lá todos são doadores de órgãos após a sua morte, salvo que haja oposição. Já no Brasil a doação só acontece se previamente estabelecida pelo doador ou autorizada pela família após se eu falecimento. Pesquisas apontam que o sistema de transplante utilizado na Espanha é considerado o melhor do mundo, com uma distribuição de órgãos que atende todos os critérios médicos (AZEVEDO, 2021).

Para conter este delito, a lei de transplantes autoriza a disposição gratuita de órgãos tecidos e partes do corpo humano entre intervivos ou post mortem, para transplante ou tratamento (Lei nº. 9.434/1997). No Brasil o ordenamento jurídico ainda dispõe sobre o sistema nacional de transplantes por meio do Decreto nº. 9.175/2017, cujo objetivo é promover o transplante a ser realizado de forma eficaz e ética, suprimindo a demanda das listas de espera (COELHO e BONELLA, 2019).

O Código Penal Brasileiro (CPB), não explana especificamente sobre o tráfico de pessoas, com a finalidade de extração de órgãos, mas de acordo com a lei supracitada, conhecida como "Lei dos Transplantes de Órgãos", nos artigos 14 1517 relata sobre a remoção dos órgãos *in verbis*: (SANTOS et al., 2022).

Dos Crimes

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

§ 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.

§ 2.º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - Perigo de vida;

III - Debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - Aceleração de parto:

Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa

§ 3.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido:

I - Incapacidade para o trabalho;

II - Enfermidade incurável;

III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV - Deformidade permanente;

V - Aborto:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

§ 4.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação.

Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

Art. 17. Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa.

Entre as principais especificações da lei, encontra-se a vedação da retirada de órgãos de corpos que não estejam identificados e sem autorização relativa a doação entre vivos, que deve ser feita por meio de um instrumento escrito e na presença de duas testemunhas (MATTE, 2017).

É preciso salientar que a legislação Brasileira faz uma discriminação com um ato ilícito, entre vender o órgão, fazendo com que a vítima fique no mesmo nível do comprador ou do facilitador, destacando assim uma condição de vulnerabilidade e conseqüentemente de vítima. Entretanto este cenário onde a vítima é equiparada ao comprador não entregará o acontecido às autoridades, mesmo que haja complicações pós cirúrgicas, visto que está reprimido pela lei, essas são dificultadas todas as investigações sobre o crime (AMARAL, 2018).

Com o intuito de assegurar a penalização da vítima no crime de tráfico de órgãos, pode-se utilizar alternativamente o § 5º do artigo 121 do CPB, que prevê a possibilidade de perdão judicial nos casos de homicídio culposo, visto que, a consequência da infração atingiu o próprio agente de forma tão severa que a sanção penal é vista como desnecessária. No caso do tráfico de órgãos, a vítima é atingida de forma tão direta, pois há retirada de um órgão do seu corpo, através de um procedimento invasivo que em breve irá causar complicações graves à saúde, sendo assim acredita-se que a mesma poderia ser agraciada com o perdão judicial (CASTILHO, 2021).

Sendo assim também é primordial recorrer ao fato de que o ser humano possui direitos fundamentais que encontram-se previstos em Constituição federal, no artigo 5º, entretanto a carta magna, cuida especificamente da matéria de transplante de órgãos e tecidos, em seu artigo 199, §4º,;

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...] §4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Em dezembro de 2000, 148 países se reuniram em Palermo, na Itália, para participar de uma conferência política de alto nível para assinatura pelos Estados da nova Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Destes 148 países presentes, 121 assinaram a nova Convenção Contra o Crime Organizado transnacional, e cerca de 80

países assinaram um de seus protocolos o protocolo para prevenir, reprimir e punir o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças (RODRIGUEZ, 2018).

O Protocolo visa reprimir as redes globais de crime organizado, combatendo o tráfico de seres humanos e a prostituição transnacional. Na era da globalização do capital, informação e tecnologia, tráfico organizado opera como uma indústria transnacional que transcende as fronteiras nacionais. O Protocolo refere-se especialmente ao comércio de seres humanos para fins de exploração da prostituição e outras formas de exploração sexual, ao trabalho ou serviços forçados, à escravidão ou práticas análogas à escravidão, servidão ou remoção de órgãos (RODRIGUEZ, 2018).

É primordial ressaltar que o protocolo de Palermo, não estabelece o questionamento acerca do tráfico de partes do corpo humano, este traz observações sobre a remoção de órgãos, mas não aborda especificamente o tráfico. Durante o *“United Nations Global Initiative to Fight Human Trafficking Forum”*, fato este que foi observado em Congresso realizado no ano de 2008, em Viena, sendo citada ausência do tráfico de partes do corpo humano, no protocolo de Palermo, o que faz com que não haja uma definição internacionalmente reconhecida para o tráfico de partes do corpo humano (SANTOS et al., 2022).

De acordo com as Nações Unidas, o Protocolo representa uma nova forma de ver a problemática do tráfico de pessoas, pois combina as tradicionais formas de controle para investigar e punir os criminosos com medidas para proteger as vítimas. Tentativas anteriores de lidar com o assunto, a partir de uma única perspectiva, não foram bem-sucedidas, justamente por não terem esse caráter multidimensional que as Nações Unidas atribuem ao novo instrumento (ALVES, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de órgãos deve ser entendido como um crime internacional, de modo que combatê-lo requer uma coalizão internacional que estabeleça diretrizes claras para o desenvolvimento da cooperação, com base em uma legislação interna sólida e funcional.

A justificativa para a intervenção criminosa nesse tipo de crime é dada, pelo perigo inerente ao objeto do trânsito, ou quando o tráfico cai sobre pessoas, pelo respeito à Dignidade Humana, que goza de reconhecimento constitucional, mas dificilmente cumpre as funções dogmáticas dos direitos jurídicos protegidos, uma vez que é excessivamente abstrato. Nesse sentido, apontam que o direito legal protegido está relacionado ao conceito da Dignidade Humana.

A preocupação em identificar e punir qualquer tipo de tentativa de comércio de órgãos, tecidos, células ou partes do corpo humano para transplantes está expressa nas Leis n. 9.434/1997 e 10.211/2001; e no Decreto nº 2.268/1997.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, B. **O tráfico de pessoas para remoção de órgãos no Brasil e o Protocolo de Palermo**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-traffic-de-pessoas-para-remocao-de-orgaos-no-brasil-e-o-protocolo-de-palermo/1624913385>.

AMARAL, D.M.G.M. **Tráfico de órgãos: um crime invisível**. JusBrasil. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68814/traffic-de-orgaosum-crime-invisivel/2>. Acesso em 25 abril de 2023.

ANDRADE, B.D.B.C. **O direito brasileiro e os transplantes de órgãos e tecidos**. Brasília: Thesaurus, 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS (ABTO). **Registro brasileiro de transplantes**. Dimensionamento dos transplantes no Brasil e em cada estado (2012-2019). São Paulo, 2019.

ÁVILA, G. Comércio de órgãos humanos: até onde vai a autonomia do indivíduo? **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 34, n. 1, 2008.

AZEVEDO, B.S. O processo de governança no enfrentamento ao tráfico internacional de órgãos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6518, 6 mai. 2021.

BIASIBETTI, M. O tráfico de pessoas, órgãos e partes do corpo humano em Moçambique: um olhar a partir de 3 estudos realizados pela CEMIRDE. Scielo. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Urbana** (REMHU), mai.2021.

BILIA, A.L.; TIBURCIO, D.S.; SILVA, F.P.A.; PEREIRA, M.T.; DOMINGUES, M.P.; SOUZA, A.R.G.; SILVA, I.O. Tráfico Internacional de órgãos sob a ótica da violação dos direitos humanos. **Revista do Curso de Direito Brazcubas**, v.2, n.1. dezembro de 2018.

COELHO, G.H.F.; BONELLA, A.E. Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na Espanha e no Brasil. **Revista Bioética**, 27(3), 419–429, 2019.

CANAL JURÍDICO CRIMINAL. **Considerações acerca do tráfico de órgãos humanos**. Jus Brasil, 2019. Disponível em: <https://raphams.jusbrasil.com.br/artigos/742071760/consideracoes-acerca-do-trafficode-o-rgaos-humanos>. Acesso em 25 abril de 2023.

CASTILHO, E.W.V. **Tráfico de pessoas - da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo**. PDF, 2021. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/1nx0nen>. Acesso em maio de 2023.

CASTRO, A.T.B. **Tráfico de órgãos: modalidade invisível do tráfico de pessoas**. 2021. 53p. Trabalho de conclusão de curso. Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2021.

COSTA, L.A.C. **Tráfico de Órgãos: Um crime invisível**. Barbacena, MG: UNIPAC, 2017.

FILARD, M.F.; SENA, T.P. **Tráfico de órgãos: Uma análise do fenômeno sob a perspectiva da legislação brasileira**. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/4248/pdf>. Acesso em: 05.out.2022.

GARCIA, M.F. **Casos de tráfico humano no Brasil incluem remoção de órgãos e pedofilia**. 16.nov.2020.

GOUSSINSKY, E. **Brasil ainda tem lista de denúncias de tráfico de órgãos Câmara dos deputados comprovou ação de máfia em 2004 e suspeitas continuam a existir**. 2015. Disponível em: <https://noticias.r7.com/saude/brasil-ainda-tem-lista-de-denuncias-de-trafico-de-orgaos-19092015>. Acesso em abril de 2023.

JORNAL BRASILEIRO DE TRANSPLANTES. JBT. Volume 19, Número 4, out/dez. 2016. **Revista Oficial da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos – ABTO**. Disponível em: http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/JBT/2016/4_2.pdf. Acesso em 25 abril de 2023.

MARINHO, S. M. SCHRAMM, F. Transplante de órgãos no Brasil e na Espanha: como critérios ético-legais protegem o doador vivo em ambos os países? **Rev. Bioética e Direito**, Barcelona, n. 38, p. 55-70, 2016.

MATTE, N.L. **TRÁFICO DE ÓRGÃOS: A (Im)Possibilidade da legalização da comercialização de órgãos no Brasil e os entraves à doação**. 2017, 91p. Trabalho de Curso. Centro Universitário UNIVATES. Lajeado, 2017.

PRADO, É.F.S. **Tráfico de órgãos humanos e o crime organizado**. 2022, 58p. 2022.

REMED. **O transplante de órgãos no Brasil em 2022**. Disponível em: [https://blogremed.com.br/transplante-de-orgaos-no-brasil/#:~:text=Nos%20%C3%BAltimos%20dez%20anos%20\(2012,\(1%2C7%20pmp](https://blogremed.com.br/transplante-de-orgaos-no-brasil/#:~:text=Nos%20%C3%BAltimos%20dez%20anos%20(2012,(1%2C7%20pmp). Acesso em 25 abril de 2023.

RODRIGUEZ, D.E.C. **Tráfico ilegal de órgãos: desafios para a segurança internacional.**

SANTOS, L.I.S.; DEODATO, T.G.; BARROS, R.B. **O tráfico de órgãos no Brasil: Legislação Brasileira Versus Protocolo de Palermo.**
[https://repositorio.uniube.br/bitstream/123456789/1964/1/TCC%20Layla%20e%20Thalles V2.pdf](https://repositorio.uniube.br/bitstream/123456789/1964/1/TCC%20Layla%20e%20Thalles%20V2.pdf). Acesso em 25 abril de 2023.

TORRES, C.A. **Tráfico de órgãos humanos e crime organizado: sob a ótica da tutela dos direitos humanos.** 2007.

O ABUSO DE DIREITO NO REQUERIMENTO DA CONCESSÃO DE JUSTIÇA GRATUITA

RODOLFO SUMAIO DOS SANTOS:
graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

RESUMO: serão analisados os requisitos de autorização para o deferimento e as implicações para um processo na concessão da gratuidade da justiça. Posteriormente, é demonstrada a violação de direito por parte do peticionário, que, embora pleiteando um benefício, possui os pré-requisitos econômicos para arcar com as custas do processo, e qual a relação da garantia fundamental em questão, com processos de massificação e a disputa imprudente. A pesquisa utilizou-se de bibliografias e doutrinas para demonstrar que determinados direitos garantidos pela Constituição Federal, se utilizados de forma usurpadora, comprometem a realização de outros, verificando, ao final, as hipóteses de estabelecimento de critérios objetivos para que a gratuidade seja melhor aplicado no caso concreto.

Palavras-chave: Justiça gratuita. Abuso de direito. Critérios objetivos.

ABSTRACT: The authorization requirements for granting and the implications for a process in the granting of free justice will be analyzed. Subsequently, the violation of rights by the petitioner is demonstrated, who, although claiming a benefit, has the economic prerequisites to bear the costs of the process, and what is the relationship of the fundamental guarantee in question, with massification processes and the reckless dispute. The research used bibliographies and doctrines to demonstrate that certain rights guaranteed by the Federal Constitution, if used in a usurping way, compromise the realization of others, verifying, in the end, the hypotheses of establishing objective criteria so that gratuity be better applied in the specific case.

Keywords: Free justice. Abuse of right. objective criteria

1. INTRODUÇÃO

O trabalho em tela visa analisar os requisitos de autorização e fundamentos legais para a entrega da justiça gratuita, bem como chamar a atenção para os abusos cometidos pelas partes no pedido de concessão de assistência, a fim de evitar a generalização da justiça gratuita, e, em suma, relacionar a relação entre a massificação das pretensões judiciais e a isenção de competência em questão com a necessidade de adotar um critério objetivo para sua homologação.

O ser humano vivia sob as regras da natureza, antes de se criar o Estado como hoje é conhecido, e seus impasses eram resolvidos com a força de suas próprias mãos, firmado na convicção individual que possuía acerca do conceito de "justiça".

Abandonando sua liberdade e entregando suas preocupações aos Governantes, se criou a figura do Estado, que é o ente dotado de soberania, que incide sob um determinado povo, dentro de certo território (HOBBS, 2020, p.16).

Podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado (...). (2010, p.129).

No poder judiciário, foi proposto um modelo de análise de casos específicos, aplicando-lhes a lei vigente, enquanto que as pessoas não podem resolver seus próprios casos por conta própria, deixando a situação para a decisão de juízes, de acordo com as regras de direito vigentes na época.

Ora, se o homem abre mão de sua liberdade para dar ao Estado o poder de decidir, de administrar e de legislar, então, esse último deve prever um meio de inclusão que alcance a aplicação do direito aos hipossuficientes, caso contrário o Estado seria direcionado apenas aos nobres e ricos.

O Estado democrático de direito foi proclamado em 1988 com a promulgação da Carta Magna, que estabelece as garantias mais importantes para os indivíduos manterem a convivência ordenada, paralelamente aos princípios bem conhecidos do direito, incluindo a justiça gratuita.

Enquanto isso, a constituição federal introduz o princípio da inafastabilidade da jurisdição no inciso XXXV, do artigo 5º, enquanto sua aplicação na realidade dos fatos implica a consideração e a análise dos demais institutos também protegidos pela Carta Magna. Tendo em vista o notório aumento de julgamentos, muitos deles generalizados, que, se deferidos, sem o atento olhar do juiz, onerarão financeiramente os tribunais.

Levando em conta a proteção que o Estado não se pode abster quando se trata de cláusula pétrea de nossa constituição, visa analisar os requisitos do benefício, sua origem, os abusos e os meios adotados diante de tais abusos.

Sabe-se que no direito brasileiro não há limite objetivo e claramente definido quanto à concessão da justiça gratuita, cujo parâmetro é a lei nº 1.061 de 1950, que foi parcialmente revogada e tem-se atualmente o Código de Processo Civil de 2015, ficando

a critério do judiciário analisar, com base em circunstâncias específicas a concessão ou não, gerando muitas vezes má confiança e abuso do procedimento.

Essa questão é muito delicada, pois se houver desconsideração das pretensões, o acesso a justiça será impedido, em violação aos dispositivos constitucionais. No entanto, se a concessão ocorrer de forma descontrolada, sem os devidos cuidados, a desordem se instalará na jurisdição.

2.METODOLOGIA

O trabalho procura explorar, através de pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, a devida concessão da gratuidade dentro dos autos, revelando seus requisitos, como também, princípios que a norteia, com a finalidade de transparecer uma ótica justa e coerente acerca do respectivo tema, conforme tamanha é sua relevância, já que trabalha com a isenção de custos analisando o caso concreto, havendo carência de patrimônio significativo em conjunto com a impossibilidade de resolver por seus próprios meios.

3.DESENVOLVIMENTO

Para a realização desta pesquisa, foram encontrados artigos científicos publicados sobre o tema abuso de direito no requerimento da concessão da justiça gratuita os dados foram encontrados no Google Acadêmico, livros, doutrinas e dentre outros.

4 DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA:

4.1 Evolução dos direitos humanos e acesso à justiça

A abordagem da justiça desenvolveu-se gradualmente, pois durante a ocupação portuguesa, devido ao tipo de império em vigor, não havia hábito ou abertura para pensar sobre este tema.

Silva, (2013, p.480), diz que a Revolução Francesa, embora tenha acabado com o poder absoluto, só apadrinhou as classes altas quando se tratou de garantir direitos básicos como o acesso à justiça. Historicamente, alguns indivíduos eram livres, outros quase indivíduos, pois não possuíam patrimônio, e aqueles que eram escravizados nem indivíduos eram considerados.

Com a abolição da escravatura, a humanidade, baseada no Iluminismo e, portanto, no naturalismo, aceitou as garantias individuais, atribuindo ao governo a responsabilidade positiva de mantê-las em vigor.

Não obstante os indícios, reflexões, regulamentações sobre o acesso à justiça, podemos dizer que é a partir do século XX que esse direito tem se efetivado de forma unânime, concreta e com a solicitude necessária, conforme os trabalhos começaram a ser escritos e publicados sobre o assunto.

A partir de então, a Carta Magna foi promulgada em 1988, determinando que " a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", em seu artigo 5º, inciso XXXV, enquanto o decreto número 678 validou o Pacto de São José da Costa Rica, assinado em 1969, que define o indivíduo como sujeito desimpedido, capaz de gozar de direitos políticos e civis.

Ainda que na esfera criminal, o acesso à justiça vem estampado em seu 8º artigo, conforme a seguir:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Ademais, acentua-se que o acesso a justiça passa da esfera da possibilidade de levar ao Magistrado determinada causa, ainda que com isenção de custas, possui, também, proximidade com a possível apresentação de soluções justas, paralelamente na seara social como na singular, trazendo efetividade no rol de direitos fundamentais, com isso, a isonomia social é o princípio para concretizar, de forma uniformizada, o acesso à justiça.

4.2 A concessão e seus requisitos.

O Autor, ao requerer ao Tribunal o manto abonativo, caso se inclua em pessoa física, só tem de declarar a hipossuficiência, ainda que a Constituição da República, no seu artigo quinto, fale em "comprovação de insuficiência de recursos", depende da atividade do Juiz como examinador, ao relacionar a vulnerabilidade a situações judiciais, cabendo pontuar, que somente poderá ser feita pelo patrono da parte, se essa pessoa possuir instrumento de representação, tendo poderes especiais para fazê-lo.

A disposição é trazida pelo artigo 99, §3º do CPC: "Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural".

Lima (2008), leciona que:

Ora, a presunção de pobreza decorrente da simples declaração da parte nada mais é do que uma norma que facilita o acesso à justiça

pelo uso do benefício da justiça gratuita. Assim sendo, não é razoável supor que sua permanência seja incompatível com a Carta de 1988. Ao contrário, converge com o espírito dela. Não em vão, nas várias vezes em que foi instado a se manifestar sobre a matéria, o STF, intérprete final da Constituição, expressamente declarou a compatibilidade da Lei de Assistência Judiciária com esta (2008).

A situação expõe apenas a impossibilidade da parte pagar a custa processual, sem prejudicar a subsistência de si mesmo e de sua família, apesar da legislação pátria não apontar especificamente um modelo a ser seguido, deverá de toda forma conter a qualificação do agente, as menções de seus rendimentos, e também, documentos hábeis que sustente seu pedido, como exemplo: Extratos bancários e de cartão de crédito dos três meses antecedentes, três últimos holerites, carteira de Trabalho, certidões negativas de imóveis e móveis (automóveis em geral), de titularidade de quem peticiona, entre outros.

Ademais, não obstante haja a declaração de hipossuficiência, pela pessoa natural, o parágrafo 2º do artigo 98 do CPC dispõe que:

O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

5 DO ABUSO DE DIREITO

5.1 A massificação de demandas

Em atenção aos excluídos, a constituição federal proporcionou de forma facilitada o acesso ao judiciário, dessa forma há crescimento a cada dia nos números de processos distribuídos. Isso ocorre, pois as políticas públicas não avançaram da maneira que atenda a relação de direitos fundamentais trazidos pela carta magna, com isso, temos alta demanda para poucos juízes e servidores públicos, o que acarreta o abarrotamento dos fóruns.

Veja o que o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, em 2015, no Congresso de Magistrados Brasileiros disse que:

Existe uma judicialização que atinge a vida de todos nós. Estamos vivendo uma epidemia de processos judiciais no País e, diante disso,

é preciso pensar em algum tipo de remédio. São mais de 100 milhões de processos, um em cada dois brasileiros está em juízo.

Nesta mesma linha de pensamento, Bezerra, (2001):

(...) os mecanismos utilizados à guisa de facilitar o acesso à justiça como dispensa de custas, advogados dativos, dispensa de depósitos recursais, fomentam a enxurrada de ações trabalhistas e de ações de pequena causa, só porque seus autores sabem que isso não lhes acarreta nenhum custo econômico. Esquecem que, por outro lado, de forma dissimulada, acarretam o custo social altíssimo que deve ser aqui considerado (...)

A massificação de demanda levou uma mudança, pelos juízes, na forma de interpretação dos limites que recaem na concessão de justiça gratuita, levando em consideração que não há critérios objetivos para sua concessão, a entrega por pessoa física de declaração de hipossuficiência, vem se tornando insuficiente para convencimento da situação de vulnerabilidade, mesmo que nos autos não exista indícios de riqueza. Isso acontece, pois o judiciário deixou de ser a última hipótese de resolução de conflito, passando a ser a primeira.

Dessa forma, é facilmente constatado que a acessibilidade judicial que foi proporcionada pela Carta Magna ocasionou um crescimento descontrolado de demandas, a qual doutrinou na mente da população que o poder judiciário será a primeira opção para contendas ocorridas no dia a dia.

Portando, foi verificado que mesmo diante de diversos recursos implementados pelo CPC de 2015, de forma efetivada, ainda não conseguiram possibilitar a celeridade processual almejada, diante do montante de ações distribuídas diariamente.

5.2 Da adoção de critérios objetivos para a concessão da benesse

Conforme exposto o problema enfrentado pelos tribunais e juízes de primeiro grau, é verídica a tese de que o deferimento da gratuidade da justiça seria melhor executado através de critérios objetivos, pois asseguraria o acesso à justiça pelos vulneráveis, e também, na mesmo vertente repeliria os abusos praticados pelos temerários. Ademais, sabe-se que não existe parâmetros legais para isso, cabe a jurisprudência adotar os respectivos meios.

Isto é devido porque o princípio da paridade contida na Constituição não leva a uma delimitação justa, dessa forma, necessita de parâmetros reais e efetivos para que seja adotada igualdade no respectivo processo.

Conforme discutido, nos leva a acreditar que seria viável um critério objetivo de concessão, para que se evite tanta subjetividade, o que leva a propositura de inúmeras demandas, sendo que, tendo o acolhimento do pedido, passa por uma análise introspectiva do julgador, que só poderá ser distribuído aquele que se verificar a possibilidade ou não de tramitação do feito, sem ônus e riscos.

Nesse sentido, está tramitando no Congresso Nacional, o projeto de Lei nº 6.160/2019, com o objetivo de modificar as leis 5.010/66 e 10.259/01, instituindo parâmetros para deferimento da gratuidade judiciária, vejamos:

Art. 45-A. Terá direito à gratuidade de que trata o art. 45 a pessoa pertencente a família de baixa renda, assim entendida: I – aquela com renda familiar mensal per capita de até meio salário-mínimo; ou II – aquela com renda familiar mensal de até três salários mínimos. § 1º A prova da condição de que trata o caput será realizada por meio da apresentação pelo autor do comprovante de habilitação em cadastro oficial do Governo Federal instituído para programas sociais. § 2º Condenado o beneficiário da assistência judiciária gratuita ao pagamento de honorários, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos suficientes para suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas no prazo de cinco anos, contado do trânsito em julgado da decisão, se o credor demonstrar que deixou de existir a situação prevista no caput. § 3º Findo o prazo de cinco anos a que se refere o § 2º, as obrigações decorrentes da sucumbência do beneficiário da assistência judiciária gratuita que ainda não estiverem sendo executadas ficam extintas.

Art. 3º-A. O acesso ao Juizado Especial Federal Cível independerá do pagamento de custas, taxas ou despesas processuais apenas na hipótese de concessão de assistência judiciária gratuita. § 1º Terá direito à gratuidade prevista no caput a pessoa pertencente à família de baixa renda, assim entendida: I – aquela com renda familiar mensal per capita de até meio salário-mínimo; ou II – aquela com renda familiar mensal de até três salários mínimos.

6 CONCLUSÃO

Conforme é conhecido nos dias de hoje, o instituto da justiça gratuita, ultrapassou limites razoáveis do tempo, sendo solidificado aos poucos, precisamente após o período

de ditadura militar, sendo reconhecido como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, prevendo o acesso a justiça sem o pagamento de despesas processuais, honorários periciais, advocatícios, entre outros.

O Estado teve que criar métodos de acesso ao judiciário, pois o direito já tinha sido promulgado, cuja Lei 1060/50 foi parcialmente revogada pelo CPC de 2015.

A lei citada, teve a oportunidade de fixar parâmetros objetivos para concessão da gratuidade, porém foi inerte, dando preferência ao Juiz o poder de analisar caso a caso, conforme o pedido, deferindo ou não tal pedido de justiça gratuita.

Ademais, é notável o crescimento em números de ações distribuídas com a intenção de obter o benefício de isenção, com isso permitiu-se que a parte litigasse, sem qualquer risco processual.

Levando em consideração a natureza corrompida do cidadão, passou a ter cada vez mais processos, concluindo-se que, sem fundamentos para a propositura, nada perderia a parte, além do direito que ela já não possuía antes mesmo da postulação.

Com isso, o poder judiciário foi abarrotado de processos, trazendo prejuízo a outras garantias tidas como fundamentais, tais como: Princípio da isonomia, efetividade das decisões judiciais, duração razoável do processo, entre outros.

Cabe destaque para as decisões que permitiram a separação de despesas processuais, na qual deve cada uma delas serem confrontadas com a capacidade econômica da parte, sendo isenta ou não. O requerente, por exemplo, pode ter de recolher taxa judiciária, mas ser isento de honorários periciais, inclusive, obrigado, a se programar financeiramente de acordo com o tempo de prescrição do ato, uma vez que o risco é inerente à lide.

Em tópico final, defende a objetividade dos requisitos do deferimento da gratuidade judiciária, a fim de aperfeiçoar o princípio da segurança jurídica, extirpando imediatamente as lides temerárias, pois o autor deve pagar pelo processo em que se arrisca tramitar, tirando o ônus do Estado que pagaria os autos, que garantiria as aventuras do proponente.

Portanto, fica provada as hipóteses mencionadas no início deste trabalho, consistente dentro da análise da justiça gratuita, seus requisitos, a relação entre ela e a massificação processual, os abusos cometidos sob a gratuidade judiciária, e a extrema necessidade de se criar padrões e parâmetros para deferimento da respectiva garantia fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Paineis **“O Direito e a transformação social”**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE MAGISTRADOS, 22., Rio Quente-GO, 30 out. 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/10/30/mensalao-e-petrolao-tornam-herois-juizes-que-sairam-do-padrao-diz-barroso.htm>. Acesso em: 15.10.2022.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro, 2001.

BIAZON, Otávio; HORCAIO, Ivan. **Projeto Vademecum Brasil**. Disponível em <https://vademecumbrasil.com.br/palavra/honorarios-periciais>. Acesso em 25.09.2022.

BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Brasília, DF. Congresso Nacional, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22.10.2022

BRASIL, Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. Congresso Nacional, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 18.10.2022.

BRASIL. **Lei 1.060 de 05 de fevereiro de 1950**. Brasília, DF. Congresso Nacional, 1950. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060compilada.htm. Acesso em 22.10.2022.

CEPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, Reimpressão 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Rio de Janeiro, Editora Vozes, 2020.

LIMA, João Emanuel Cordeiro. **O instituto da justiça gratuita e a interminável polêmica sobre a necessidade da prova de hipossuficiência para sua concessão**. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12043/o-instituto-da-justica-gratuita-e-a-interminavel-polemica-sobre-a-necessidade-da-prova-de-hipossuficiencia-para-sua-concessao>. Acesso em 25.09.2022.

CASAMENTO CIVIL: REGIME DE BENS E SEUS REFLEXOS PATRIMONIAIS

VICTORIA RODRIGUES CARLOS:

graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis⁷³.

ARIANE DE CARVALHO PORTELA VATANABE

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho vem abordar a falta de informação sobre o conteúdo e os limites da relação patrimonial nos casamentos civis, gerando um viés de escolha na hora de redigir a convenção antenupcial, pois não é levado em consideração o princípio da obrigação de notificação contratual. Acrescenta ainda que a determinação legal de um regime de separação obrigatória para alguns cônjuges viola o princípio da autonomia da vontade, porque os impede de escolher conscientemente o regime que julgam mais adequados, mesmo tendo em conta as consequências sucessórias daí decorrentes. Assim, ele conclui que a inobservância da liberdade pessoal viola as garantias as e, portanto, os direitos fundamentais protegidos pela constituição de 1988.

Palavras-chave: Casamento. Civil. Bens.

1 INTRODUÇÃO

Não existe uma data exata para a realização da primeira cerimônia de casamento. Um ritual semelhante ao atual pode ser encontrado na Roma Antiga, que mostra as mulheres se vestindo especialmente para essa ocasião, enfeitando os cabelos com flores brancas (que simbolizavam a felicidade eterna) e ramos de espinheiro (para afastar os maus espíritos). Mais tarde, o véu foi incluído no traje, que era uma homenagem a uma deusa grega popular da mitologia greco-romana, protetora dos lares familiares que trazia bons fluidos aos casais. Com o tempo, o casamento se tornou um ato de aquisição em que o noivo "adquiria" sua noiva por meio de uma transação que era selada com o pagamento de uma moeda de ouro ou prata. O casamento era um eixo de estabilidade social mais importante do que o amor e se concentrava na criação dos filhos, na transmissão de valores, servindo como núcleo econômico e organizador das tarefas diárias da vida. Desde a antiguidade, cada religião tem um ritual relativo às formalidades do casamento, dependendo das práticas que são determinadas pelos líderes. Todas as religiões são legalmente válidas, pois Deus é um só, mas há diferentes maneiras de chegar até Ele.

73 victoriarodriguescarlos@outlook.com

O presente trabalho abordará a imposição de um regime de bens obrigatório, bem como analisará sua constitucionalidade, demonstrando quais tipos e regime de separação de bens os cônjuges podem escolher, e analisará o artigo 1.641, II do Código Civil à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e da autonomia da vontade, visando sempre à proteção do idoso.

O Código Civil de 1916 era essencialmente patrimonialista e buscava a proteção da propriedade, visão que se refletia nas disposições do regime de bens. O regime de comunhão de bens era o regime legal e não havia possibilidade de alteração da escolha feita. Assim, com base nessa concepção, o regime de separação obrigatória foi estabelecido no art. 258, parágrafo único, II, do CC de 1916, que buscava a proteção do patrimônio e sua incomunicabilidade com o cônjuge. Para mitigar essa imposição, foi editada a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Ao longo do trabalho trataremos das consequências desse artigo, discorrendo sobre os seguintes temas: regime de bens, tipos de regime de bens, princípios constitucionais, incapacidade no direito brasileiro e os direitos dos idosos, a separação de regime de bens no casamento para maiores de setenta anos (análise da constitucionalidade), o direito de amar na melhor idade.

2 CASAMENTO CIVIL

O Código Civil, embora dedique 110 artigos ao direito de família, não introduz o conceito de casamento em si, pois o legislador se concentrou nos requisitos para sua formalização, elencando os direitos e deveres dos cônjuges, regulando os regimes de bens e resolvendo as questões patrimoniais decorrentes da dissolução do casamento (DIAS, 2016).

Primeiramente, cabe destacar a diferença entre incapacidade e causas de impedimento. De acordo com Gonçalves (2017, p. 24):

"O impedimento não deve ser confundido com a incapacidade. A pessoa incapaz não pode se casar com ninguém, pois há um obstáculo intransponível. É o que ocorre, por exemplo, com um menor de oito anos.

A pessoa incapaz não pode se casar com uma determinada pessoa (por exemplo, um ascendente com um descendente), mas pode se casar com outra. A capacidade para casar é a obrigação dos futuros cônjuges de provar sua capacidade para casar ou sua habilitação. O artigo 1.517, caput, do Código Civil (BRASIL, 2002) estabelece como condições mínimas e objetivas para a celebração do casamento: o atingimento da idade

núbil, ou seja, 16 anos, e a diferença de sexo. Entretanto, nos casos em que um dos noivos for maior de 16 anos, mas ainda não tiver completado 18 anos, é necessário o consentimento dos pais para que o casamento seja realizado. Em caso de discordância quanto ao consentimento dos pais, qualquer um deles poderá recorrer ao juiz para resolver o problema, assim como o regime de bens que prevalecerá durante o casamento deve ser o da separação de bens, de acordo com o artigo 1.641, III, do Código Civil: "Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] III - de todos os que dependem de suprimento judicial para casar". (BRASIL, 2002).

Embora a lei continue afirmando a necessidade de distinção entre os sexos - em especial os artigos 1.517 e 1.723, do atual Código Civil⁹, e o artigo 226, §3º, da Constituição Federal¹⁰ -, em 2011 o Supremo Tribunal Federal, por meio da exceção de descumprimento de preceito fundamental¹¹ (ADPF) nº 132 e da ação direta de inconstitucionalidade¹² (ADI) nº 4. 277, reconheceu a união homossexual como um tipo de família, conferindo-lhe todos os direitos e deveres de que gozam apenas as uniões heterossexuais (CHAVES, 2017).

O Código Civil prevê duas exceções que permitem que pessoas que ainda não atingiram a idade núbil se casem: casos de gravidez ou casos em que se deseja evitar a imposição ou execução de uma sentença criminal.

No entanto, Tartuce (2017) demonstra que a Lei nº 12.015/09, ao incluir o crime de estupro de vulnerável no Código Civil¹³, tornou inadmissível o casamento para evitar a imposição ou execução de pena criminal. Com o advento da Lei nº 13.811/19 (BRASIL, 2019a), que alterou o art. 1.520 do Código Civil, passou a ser proibido, em todos os casos, o casamento de pessoas que, até então, não haviam atingido a idade núbil. "Art. 1.520. Ou seja, "Não será permitido, em qualquer hipótese, o casamento de quem não atingiu a idade de nubilidadade", observado o disposto no art. 1.517 deste código". (BRASIL, 2002).

No que se refere aos crimes contra o casamento, é importante esclarecer que o direito civil brasileiro adota o sistema monogâmico, ou seja, uma vez casado, só se pode casar novamente após o divórcio ou viuvez e a partilha dos bens (se houver), que já devem estar averbados no respectivo registro de casamento.

Lobo (2017) explica que a apresentação das causas de impedimento deve ser feita no momento da celebração do casamento e pode ser apresentada sob a forma de oposição, por terceiro interessado, trazendo por escrito os elementos que comprovem sua veracidade, ao registrador civil.

Entretanto, uma vez que o casamento já tenha sido celebrado, caberá ao promotor público propor uma ação de anulação do casamento, ou ao terceiro interessado intervir

por meio de um advogado. Entretanto, por se tratar de ação de interesse do Estado, a participação do Ministério Público é indispensável (VENOSA, 2017).

Tartuce (2017) ressalta que o objetivo desse impedimento é evitar situações em que haja a intenção de matar um dos cônjuges para se casar com o outro. Para que se configure o impedimento, é necessário que haja uma condenação. Entretanto, uma vez que o réu tenha sido absolvido, ou sua sentença tenha sido extinta, não há mais impedimento.

2.1 REGIME DE BENS

De acordo com o antigo Código Civil, datado de 1916, o casamento era a única forma de constituição de família, com o objetivo de união e formação de patrimônio. Naquela época, o regime legal de bens era o da comunhão, em que todos os bens do casal eram mantidos em comum (PEREIRA, 2017).

Anos depois, a criação do estatuto da mulher casada (Lei 4.121/62) estabeleceu a incomunicabilidade dos bens adquiridos pela mulher durante o casamento. Entretanto, com a consagração dos princípios constitucionais na Constituição Federal, mas objetivamente do princípio da igualdade entre homens e mulheres, a incomunicabilidade dos bens da mulher foi superada pela ideia de isonomia social, ainda que socialmente a discriminação de gênero e o patriarcado não tenham sido superados (BRASIL, 1962).

Mas, por outro lado, conhecendo esses problemas, criou-se a ideia da pensão alimentícia compensatória, fixada à pessoa que não tem a administração dos bens do casal. Em 1977, foi criada a Lei do Divórcio, na qual o regime legal de bens foi alterado de comunhão universal para comunhão parcial, deixando para trás a comunicabilidade dos bens adquiridos antes do casamento. Portanto, a propriedade conjunta só se aplica aos bens adquiridos durante o período do casamento, exceto em alguns casos.

No Código Civil de 1916, foram estabelecidos quatro regimes de bens, a saber, o regime de dote, a comunhão parcial de bens, a separação total de bens e a comunhão universal de bens. O regime de dote tem origem no dote, que pode ser dado ao homem pela própria mulher, por um de seus antecedentes ou por um terceiro. Com o casamento, a administração da propriedade do dote foi transferida para o poder do marido, bem como a arrecadação dos frutos e receitas produzidos por essa propriedade, a fim de cobrir as despesas da vida conjugal. Em caso de dissolução do relacionamento, a propriedade era devolvida pelo homem à mulher em um determinado período de tempo. Esse regime não foi aceito em nosso sistema jurídico e foi simplesmente excluído do Código de 2002. Em seguida, foi acrescentado o regime de participação final dos aquestos. O atual Código Civil de 2002 introduz o regime de bens definitivo e admite a possibilidade de alteração do regime de bens durante o casamento. Inova, ainda, no que diz respeito à união estável, em

que também foi adotado o regime de comunhão de bens em benefício dos cônjuges, mas eles podem optar por outro regime por meio de contrato assinado.

Assim, atualmente, os regimes de bens existentes em nosso ordenamento jurídico são: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação obrigatória de bens, separação convencional de bens e regime da comunhão final de bens (TARTUCE, 2018).

O casamento e/ou a união estável podem ser conceituados de acordo com a definição dada por Flávio Tartuce (2017, p. 45), que afirma ser "a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, constituída com o objetivo de formar uma família e baseada no afeto".

Além do aspecto afetivo, cabe ressaltar que o casamento e/ou a união estável tem consequências e efeitos na esfera pessoal e social daqueles que optam por compartilhar o mesmo núcleo familiar, ou seja, viver juntos.

Como a coabitação tem implicações econômicas e patrimoniais, os cônjuges são obrigados a escolher um dos quatro regimes de bens estabelecidos pelo Código Civil Brasileiro (CCB) e a observar os seguintes princípios: (i) os diversos regimes de bens estabelecidos pela legislação em vigor; (ii) a autonomia privada das partes; (iii) a igualdade entre os cônjuges; (iv) a razoável variabilidade do regime de bens ou o estabelecimento de um regime diverso do legal por meio da celebração de pacto antenupcial regime.

A escolha de um determinado regime de bens tem consequências e implicações sociais, patrimoniais e sucessórias, e deve-se tomar cuidado ao escolher entre (a) comunhão parcial de bens; (b) comunhão universal de bens; (c) separação total de bens; (d) eventual participação na herança ou (e) um regime diferente estabelecido pelos cônjuges por meio de um pacto antenupcial.

2.2 TIPOS DE REGIME

O regime de comunhão parcial de bens é o sistema legal adotado no atual Código Civil. Na ausência de um acordo pré-nupcial entre os cônjuges, prevalece o regime de comunhão parcial de bens, bem como no caso de um acordo pré-nupcial inválido. Sob esse regime, a propriedade privada é preservada e a propriedade conjunta adquirida durante o casamento é protegida contra o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges (DIAS, 2015).

Embora esse seja um regime legal, um acordo pré-nupcial pode ser celebrado para negociar a administração da propriedade, de acordo com o artigo 1665 do Código Civil. Além disso, doações e vendas de propriedade entre cônjuges também são possíveis, pois

não são proibidas por lei. No caso de doações de terceiros, a doação deve ser expressa para beneficiar ambos os cônjuges para que haja comunicação.

Maria Helena Diniz (2015, p. 317) critica a incomunicabilidade de bens prevista nos incisos V, VI e VII do artigo supracitado, argumentando que não é razoável excluir tais bens da universalidade, pois se um dos parceiros consensuais adquire itens para a casa comum e o outro fica apenas com o dinheiro que ganha com seu trabalho, os itens adquiridos pelo primeiro serão partilhados e o que a segunda pessoa tiver guardado permanecerá inalterado, sem qualquer motivo.

Conforme previsto nos artigos 1.667 e 1.671 do Código Civil, a comunhão de bens significa que as pessoas solteiras pretendem se unir não apenas pelo casamento, mas também pela propriedade, e devem, portanto, fazê-lo por meio de um acordo pré-nupcial, de modo que todos os bens pertencentes ao casal sejam intercambiáveis. É o único sistema que permite que a propriedade seja transferida para a outra parte sem a necessidade de registrá-la ou pagar os impostos associados à transferência.

Com o ato do casamento, a propriedade passa para a outra parte e ambas as partes se tornam meias-proprietárias de todos os bens hereditários, bens adquiridos por compulsão, gratuitamente ou por herança, todos os bens presentes e futuros e dívidas passivas (SANTOS, 2016).

Para a venda de bens matrimoniais, é necessário o consentimento de ambos os cônjuges, mesmo que o acordo pré-nupcial não exclua essa exigência, e somente se os bens forem excluídos da comunidade dos cônjuges é que poderão ser onerados sem a permissão do outro cônjuge, art. 1.668 do CC. As disposições do capítulo anterior sobre a administração de bens (art. 1.670 do Código Civil), que são idênticas àquelas que tratam dos regimes de comunhão parcial de bens, aplicam-se aos regimes de comunhão universal de bens.

Tratada entre os artigos 1.672 e 1.686, é considerada um regime misto, alternando entre regras de separação total e comunicação parcial. Esse sistema raramente é aplicado na prática porque suas regras são difíceis de entender e de aplicar em caso de dissolução. Esse sistema exige controles contábeis rigorosos e, em muitos casos, até mesmo o uso de especialistas para identificar os ativos que podem ser compartilhados.

Nesse sistema, além dos aquestos, existem os bens comuns e particulares, ou seja, os bens acumulados por ambos os cônjuges durante o casamento, mais os bens adquiridos em conjunto durante o mesmo período. São bens que apresentam nuances e estão sujeitos a partilha e compensação em caso de dissolução do casamento. Cada cônjuge tem direito à metade do valor do patrimônio conjunto (o patrimônio acumulado em conjunto pelos

cônjuges) e mais da metade do valor de seu próprio patrimônio (adquirido pelo outro cônjuge durante o casamento).

Uma vez que o valor do patrimônio de cada cônjuge tenha sido determinado, esses valores são compensados e distribuídos entre os cônjuges. Quanto à administração do patrimônio, isso é deixado ao livre arbítrio dos cônjuges, cada um mantendo a propriedade de seu próprio patrimônio, que inclui seu patrimônio pré-matrimonial e o patrimônio adquirido após o casamento.

Metade do patrimônio adquirido em conjunto deve ser compartilhada e, quando tal compartilhamento não for viável, o valor monetário correspondente aos bens compartilhados deve ser devolvido ao outro cônjuge.

Os artigos 1678 a 1688 do Código Civil estabelecem que isso possa ser determinado por acordo pré-nupcial. Esse sistema é considerado desprovido de regime de bens, uma vez que o casamento não interfere nos bens de nenhum dos cônjuges e cada um deles é livre para administrar seus próprios bens, bem como para vendê-los ou doá-los, sem a necessidade de obter o consentimento do outro cônjuge. Toda propriedade não é permutável, seja ela passada, presente ou futura.

A indivisibilidade dos bens não significa que o cônjuge não tenha direito à pensão alimentícia, para a qual é analisada a obrigação de assistência, e a pensão alimentícia compensatória pode ser determinada de acordo com o princípio da solidariedade familiar, independentemente do regime de bens do casal (DINIZ, 2015).

Os cônjuges podem elaborar seus próprios pactos pré-nupciais, por outro lado, não podem dispor sobre o conteúdo absoluto da lei. O artigo 1655 do Código Civil estabelece que seja nulo os pactos ou disposições que violem as disposições absolutas da lei, incluindo disposições sobre deveres conjugais, comunicação adequada da vida, deveres e obrigações familiares, como a obrigação de viver juntos e ajudar um ao outro no lar conjugal.

Quanto aos regimes de aplicação com base na idade, percebe-se certo respeito aos direitos dos idosos, que serão tratados com mais profundidade neste artigo. A aplicação do regime deve ser analisada nesses casos de casamento baseado em união, pois a jurisprudência também aplica o regime aos casos de união estável (DIAS, 2016).

Esse requisito também se aplica nos casos em que os cônjuges tenham apresentado motivos para a dissolução do casamento, como a não partilha dos bens do casamento anterior, mesmo que tenha sido concedido o divórcio. Parte da doutrina critica esse posicionamento da lei, uma vez que a não partilha dos bens de um casamento anterior não impede um novo casamento e a questão patrimonial não cria um obstáculo ao

divórcio. Quanto à criação de um pacto antenupcial, ele só é válido no contexto de um regime de separação total de bens, pois a imposição é legal e os cônjuges não têm autonomia para modificar essa restrição (SANTOS, 2016).

3 CONCLUSÃO

O desconhecimento do conteúdo e das limitações de cada regime acabará inibindo e, portanto, dificultando o livre acesso às informações se as escolhas forem feitas sem um verdadeiro entendimento do conteúdo, das limitações e das possíveis consequências patrimoniais de cada regime. Onde a lei permite (exceto no caso de regimes de divisão compulsória de bens), como uma pessoa pode escolher livremente sem conhecer o conteúdo e as consequências legais de cada regime de bens?

A própria Constituição brasileira estabelece no título de seu artigo 5º que todas as pessoas são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à liberdade e à propriedade.

O trabalho de conclusão de curso procura analisar a constitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 1641 do Código Civil de 2002, que estabelece que os casamentos contraídos por pessoas com mais de setenta anos de idade estão sujeitos ao regime legal de separação de bens e que o princípio da livre escolha do regime de bens é, portanto, exceção. Nesse contexto, e considerando a relevância da influência do Código Civil de 1916 no código atual, analisamos a elaboração do pacto antenupcial e todos os regimes de bens previstos em lei, além de seu conceito de hereditariedade e os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia, da liberdade e da autonomia da vontade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm. Confira: 10 de maio de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Confira: 10 de maio de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019a. Donne junta uma nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) para retirar as exceções legais permissivas ao casamento infantil. [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13811.htm. Confira: 10 de maio de 2023.

CHAVES, Marianne. União homossexual: breves apontamentos após a decisão da ADPF 132 e ADI 4277 do STF. Teresina: Suco Navigandi. 2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família: De acordo com o novo CPC. 11. ed. São Paulo: Diário dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e orientadores da organização jurídica da família. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Ana Gabriela. O casamento na implantação do Registro Civil Brasileiro (1874 - 1916). Em SEO. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7 ed. São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 8. Ed. São Paulo: Método, 2018.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E A SUA INCIDÊNCIA NOS CASOS DE FURTO FAMILÍCO

FLÁVIO MATHEUS OLIVEIRA MELO DE LIMA:
graduando em Direito pela Universidade Brasil.
Campus Fernandópolis⁷⁴.

MATEUS LUCATTO DE CAMPOS⁷⁵

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discutir a incidência do princípio da insignificância nos casos de furto famélico. Para isso, serão apresentados os fundamentos teóricos do princípio da insignificância, assim como as diferentes perspectivas a respeito da sua incidência nos casos de furto famélico. A pesquisa valer-se-á de uma compilação bibliográfica, a qual visa identificar a posição adotada pelos Tribunais e doutrinadores sobre o assunto, delineando seus critérios de aplicação e interpretação em relação à caracterização ou não da atipicidade do furto famélico. A dissertação objetiva indicar a importância do reconhecimento do princípio da insignificância nos casos de furto famélico, sem, contudo, banalizar a conduta criminosa do furto.

Palavras-chave: Furto famélico. Princípio da insignificância. Tipicidade. Atipicidade.

ABSTRACT: The present article aims to discuss the application of the principle of insignificance in cases of famelic theft,. To do so, the theoretical foundations of the principle of insignificance will be presented, as well as different perspectives on its incidence in cases of famelic theft. The research will rely on a bibliographic compilation, which aims to identify the position adopted by courts and scholars on the subject, outlining their criteria for application and interpretation regarding the characterization or not of atypicality of famelic theft. The dissertation aims to indicate the importance of recognizing the principle of insignificance in cases of famelic theft, without, however, trivializing the criminal conduct of theft.

Keywords: Famelic theft. Principle of insignificance. Typicality. Atypicality.

1 INTRODUÇÃO

O cerne do Direito Penal tem por desígnio orientar as ações humanas quando estas se revelam prejudiciais à sociedade e, especialmente, quando tais ações contrariam e ameaçam valores fundamentais da existência humana. O Direito Penal não deve ocupar-se

⁷⁴ E-mail: f.mtholiveira@gmail.com

⁷⁵ graduando em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

com bagatelas, à semelhança de que não podem ser tolerados tipos delitivos que descrevam condutas incapazes de efetivamente lesar o bem jurídico. Consoante essa perspectiva, funda-se o princípio da insignificância.

A preservação da vida tem como desiderato primordial a provisão de sustento alimentar, o qual se apresenta como um elemento indispensável, contudo, verifica-se que no Brasil há uma desarmonia econômica e social e uma grave situação insustentável entre as diversas classes sociais. Furto famélico, é a denominação empregada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência para descrever o ato de furto em que o sujeito, a fim de aplacar sua voraz fome e garantir a própria sobrevivência, alicerçando, por conseguinte, sua saúde física e bem-estar, subtrai alimentos.

Evidencia-se que o furto famélico se encontra sujeito a abordagens doutrinárias e jurisprudenciais discrepantes, ao contrário de outras problemáticas que são normativamente reguladas pelo Estado. Assim sendo, o presente estudo almeja, por meio de uma pesquisa bibliográfica aprofundada, reunir fundamentos que possibilitem uma análise aprofundada do delito de furto famélico e da aplicabilidade do princípio da insignificância em suas ocorrências.

Nessa empreitada, a questão subjacente ao tópico em questão reside na determinação se o furto famélico pode ser qualificado como um ilícito penal e, ademais, se o indivíduo que o pratica está sujeito a repressão e sanção criminal. Com tal propósito em mente, a pesquisa proposta busca, através da análise de doutrinas, decisões judiciais, artigos, obras literárias e jurisprudências, estabelecer um discernimento claro acerca da natureza jurídica do furto famélico e da aplicabilidade do princípio da insignificância em casos dessa natureza.

2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância, atualmente, é objeto de reflexão no tocante à determinação do injusto penal, o que significa dizer, na verdade, que representa um método de exclusão da imputação objetiva. À luz desse princípio, procede-se a uma análise pormenorizada do caso em concreto, mediante uma interpretação orientada do bem jurídico que se pretende proteger.

O aforismo jurídico da bagatela, padece de notável ambiguidade, considerando que o conceito de insignificância é bastante amplo e variável. Por conseguinte, a identificação dessas situações resta subordinada aos ensinamentos doutrinários e à jurisprudência. Para o doutrinador Luiz Regis Prado⁷⁶, a solução se avizinha mediante a aplicação do princípio da insignificância, posto que a ínfima monta do objeto subtraído, porventura, seja um

⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 109-111.

fundamento de atipicidade da conduta, em decorrência da insuficiência do dano para configurar a ilicitude do comportamento.

Ou seja, preconiza-se a não imposição de sanção penal em relação a uma infração considerada insignificante, e, uma conduta é considerada insignificante quando não há lesividade decorrente do fato típico. Para a aplicação do mencionado princípio, o Supremo Tribunal Federal, diante da ausência de legislação específica, estabeleceu como requisito a presença cumulativa de quatro requisitos: a) mínima ofensividade do comportamento do agente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade da conduta e; d) inexpressividade da lesão jurídica causada.

A despeito disso, evidencia-se que o princípio da insignificância, por sua vez, opera como uma causa de exclusão da tipicidade, haja vista que a conduta perpetrada pelo agente não ostenta uma lesão de magnitude apreciável ao bem jurídico em questão.

Visando melhor compreender o mencionado entendimento, é importante trazer à baila o conceito de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, porém diga-se, em suma, que o princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, objeto de diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal, influencia diretamente na tipicidade formal do crime, que se refere à adequação do fato à norma, sendo que sua aplicação configura eventual atipicidade da conduta.

2.1 FATO TÍPICO, ILÍCITO E CULPÁVEL

Delito é todo evento típico, antijurídico e culpável. No entendimento do ilustre estudioso Fernando Capez⁷⁷, o fato típico é caracterizado pela materialização de uma conduta que se ajusta de forma integral aos elementos delineados no padrão preconizado pelo ordenamento penal. Sobre o requisito, é imprescindível destacar um excerto do voto proferido pelo eminente ministro do Superior Tribunal Federal, Paulo Medina, que em suas considerações, asseverou:

A tipicidade, classicamente, é vista apenas sob o prisma formal ou, em outras palavras, importa, tão-só, saber se há perfeita adequação da conduta ao tipo penal para concluir sua existência. Contudo, pela função precípua do Direito Penal em proteger interesses e valores relevantes para a sociedade e evitar a sua utilização descomedidamente, posicionamentos doutrinários surgiram para demonstrar a prescindibilidade desse ramo jurídico na regência de certos casos concretos. Para isso, cindiu-se a tipicidade em formal e

⁷⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 103.

material. Enquanto aquela representa o conceito clássico de tipicidade, esta é definida como a conduta formalmente típica que causa um ataque intolerável ao objeto jurídico penalmente tutelado.⁷⁸

Dessa forma, a tipicidade surge como um requisito essencial, haja vista que somente se verifica a sua ocorrência quando há uma correspondência perfeita entre a conduta empreendida e o fato disciplinado na legislação penal. Com efeito, a ausência de tal consonância implica a atipicidade da conduta, tornando-a, pois, destituída de interesse para o direito penal.

Por sua vez, a ilicitude, ou antijuridicidade, configura-se quando o agente transgredir uma norma, ou seja, há uma contrariedade entre o ordenamento jurídico e a conduta perpetrada pelo agente delitivo. O ilustre jurista Damásio Evangelista de Jesus assevera:

Há um critério negativo de conceituação da antijuridicidade: o fato típico é também antijurídico, salvo se concorre qualquer causa de exclusão da ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito). Diante de um fato penal, a morte de um homem realizada por outro, p. ex., diz-se que há um fato típico. Surge a antijuridicidade se não agiu acobertado por uma excludente da ilicitude. Assim, antijurídico é todo fato descrito em lei penal incriminadora e não protegido por causa de justificação. O sistema negativo conceitua a antijuridicidade como ausência de causas de ilicitude, o que vale dizer que não diz o que é antijurídico, mas sim o que é jurídico, o que constitui paradoxo.⁷⁹

A culpabilidade, por sua vez, alude à culpa imputável ao agente pelo cometimento da infração penal, sendo, portanto, um requisito primordial para a imposição da sanção penal. Trata-se de um conceito individual, haja vista que o ser humano é uma entidade detentora de sua própria identidade, de modo que não há duas entidades exatamente iguais. Cada indivíduo possui peculiaridades que o distinguem dos demais, por conseguinte, no âmbito da culpabilidade, todos os aspectos, tanto internos quanto

78 STJ. **Habeas Corpus nº 41.638 – MS (2005/0019248-7)**. Relator Ministro Paulo Medina, 6ª Turma, Julgamento 07/04/2006, Publicação 17/04/2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500192487&dt_publicacao=17/04/2006. Acesso em 10/05/2023.

79 JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 352.

externos, devem ser levados em conta para se aferir se o agente, diante das circunstâncias em que se encontrava, poderia ter agido de maneira diversa.

De acordo com as doutrinas que versam sobre a culpabilidade, Fernando Capez leciona:

Existem duas correntes doutrinárias no tocante ao fato de a quem se afere a culpabilidade. A primeira faz referência a apontar a culpabilidade ao autorda infração, atribuindo a censura ao caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram a praticar a infração penal. A segunda, que é a mais utilizada, diz que a reprovação é caracterizada pelo fato praticado pelo agente, ou seja, de acordo com o crime praticado, de acordo com a exteriorização da vontade humana, por meio de uma ação ou omissão.⁸⁰

3 FURTO FAMÉLICO

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O FURTO FAMÉLICO

Conforme as disposições contidas no Artigo 155 do Código Penal pátrio, é possível afirmar que a conduta que se amolda ao delito de furto ocorre quando alguém subtrai coisa móvel que pertença a outrem, seja para si ou para terceiro, cominando-se pena de reclusão que pode variar entre um a quatro anos.

A subtração de gêneros alimentícios em virtude de necessidade premente é conhecida como furto famélico. É a nomenclatura adotada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência para denominar o delito de furto perpetrado por indivíduo que subtrai mantimentos para satisfazer suas necessidades alimentares e garantir sua subsistência. Cleber Masson traduz:

É a denominação utilizada pela doutrina e pela jurisprudência relativamente ao furto cometido por quem subtrai alimentos em geral para saciar a fome e preservar a saúde ou a vida própria, ou de terceiro, quando comprovada uma situação de extrema penúria. Pode-se citar o exemplo da mãe, enferma e desempregada, que

80 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 300.

subtrai um pacote de fubá para alimentar sua filha, de pequena idade.⁸¹

Há autores que sustentam que o furto famélico ostenta uma vertente que afigura tese de exclusão de tipicidade, em face da aplicação do princípio da insignificância; enquanto outros corpos teóricos asserem que a configuração do furto famélico ensejaria uma potencialidade de exclusão de ilicitude (estado de necessidade), e há ainda aqueles que vislumbram no furto famélico, propriamente dito, uma possibilidade de exclusão de culpabilidade (causa de inexigibilidade de conduta diversa).

No tocante à natureza jurídica que permeia o delito de furto famélico, Luiz Flávio Gomes leciona que:

O melhor caminho é, sem equívoco, verificar individualmente caso a caso: quando se tratar de res de valor insignificante, não há dúvida que a solução mais adequada é resolver o problema já no cerne da tipicidade, aplicando o princípio da insignificância, de modo a revelar a atipicidade material da conduta. De outro lado, apenas quando não possível reconhecê-la, é que será analisado se estão presentes os requisitos para a caracterização do estado de necessidade, ou seja, para o afastamento da ilicitude. Há de se entender que essa forma de solucionar o problema não visa privilegiar o réu e a impunidade, mas sim, atender aos valores consagrados por um Estado constitucional e humanitário de Direito.⁸²

Consoante às tendências doutrinárias, compreende-se que a essência nuclear da natureza jurídica do furto famélico deve ser analisada sob a ótica singular do caso em exame, tendo em vista que cada situação deve ser avaliada de forma individualizada.

3.2 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA OU ESTADO DE NECESSIDADE

A respeito da não punibilidade concernente ao delito de furto famélico, mesmo enquanto os Tribunais majoritariamente aplicam o princípio da insignificância em suas decisões, constata-se que doutrina e jurisprudência manifestam opiniões díspares, divergindo no que tange à aplicabilidade da inexigibilidade de conduta diversa ou, ainda,

81 MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado**. vol. 2. Parte Especial. 4. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 315.

82 GOMES, Luiz Flávio, 2007 apud BARBOSA, Gabriely Silva; PONTES, Bruno Alves da Silva. **Furto famélico: análise crítica acerca dos princípios processuais**. 2021, p. 12. Disponível em: https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/FURTO%20FAM%20C%89LICO_%20AN%20C%89LISE%20CR%20C%89DTICA%20ACERCA%20DOS%20PRINCIPIOS%20%20PROCESSUAIS.pdf. Acesso em: 10/05/2023.

ao estado de necessidade, visto que ambas as correntes suscitam argumentos igualmente plausíveis.

A inexigibilidade de conduta diversa, no âmbito do direito penal, tem por desiderato garantir a segurança jurídica, salvaguardando o agente do ímpeto punitivo estatal decorrente da prática de determinado ato. Trata-se de uma causa supralegal, situada acima da própria lei, que exclui a culpabilidade do agente em duas possibilidades: coação moral irresistível, na qual o indivíduo se vê compelido a obedecer a uma ordem que não pode recusar, conforme previsto no artigo 22 do Código Penal, e obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal, na qual o agente acata uma ordem de seu superior hierárquico.

No que se refere ao furto famélico, a inexigibilidade de conduta diversa apresenta-se como uma justificativa para a não punibilidade do agente, reconhecida tanto pelo Superior Tribunal de Justiça como pelo Supremo Tribunal Federal, bem como por alguns doutrinadores. Isso porque, segundo entendimento, o agente não teria outra opção senão a prática do ato criminoso, a fim de satisfazer sua necessidade vital, não havendo, assim, a premissa de culpabilidade que enseje sua condenação.

Em contrapartida, grande parte da doutrina, assim como a jurisprudência, tem abraçado a tese de que o furto famélico deve ser considerado como uma hipótese de estado de necessidade. Isto é, o indivíduo subtrai bens em razão de uma real e iminente necessidade de sobrevivência, na medida em que não existem outras alternativas disponíveis para suprir tal carência. Para essa corrente de entendimento Cabette⁸³ alerta que é preciso observar que o estado de necessidade somente é admitido quando presentes todos os requisitos elencados no artigo 24 do Código Penal, pois a ausência de qualquer um deles configura o ato como ilícito e, conseqüentemente, punível.

Desse modo, a inferência a que se alcança é que a flagelo da fome agride a própria essência da dignidade humana, e tanto o estado de necessidade quanto a inexigibilidade de conduta diversa podem ser reconhecidos como paradigmas de equidade nos casos de furto famélico, para valendo-se desses fundamentos aplicar o princípio da insignificância.

3.3 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Nas deliberações proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, constata-se que a maneira apropriada de lidar com os casos de furto famélico

83 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Furto famélico**: estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa supra legal? 2001. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/furto-famelico-estado-de-necessidade-ou-inexigibilidade-de-conduta-diversa-supralegal/>. Acesso em: 10/05/2023.

no Brasil é por meio da aplicação do princípio da insignificância como uma excludente de tipicidade do delito.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2015, no mérito de uma Apelação Criminal, reconheceu o furto famélico como motivo para a absolvição do réu. A prova produzida em Juízo demonstra que o furto cometido se enquadra nas condições necessárias para o reconhecimento do furto famélico, que incluem a existência de estado de necessidade e a subtração exclusiva de gêneros alimentícios, além de um cartão assistencial para sua aquisição. O parecer do Ministério Público nesta Corte também se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da figura do furto famélico.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. RECONHECIMENTO DE FURTO FAMÉLICO. ABSOLVIÇÃO. Preliminar de nulidade da sentença por ofensa ao art. 212 do CPP. Rejeição. A nova redação do art. 212 do CPP apenas modificou a técnica de inquirição, podendo as partes indagar diretamente ao depoente. Apesar da reforma, o magistrado não está impedido de perguntar ao réu, à vítima e às testemunhas. Absolvição pelo reconhecimento do furto famélico. No caso dos autos, a prova produzida em Juízo demonstra que o furto cometido amolda-se às condições necessárias para o reconhecimento do furto famélico - estado de necessidade e furto exclusivo de gêneros alimentícios e de um cartão assistencial para sua aquisição. Declarações em Juízo tanto da vítima, como do réu, harmonizadas neste sentido. Ausência de prova contraposta. Parecer do MP nesta Corte pelo reconhecimento da figura do furto famélico. Absolvição com base no art. 386, inciso III do Código de Processo Penal. Preliminar rejeitada. No mérito, apelo da Defesa provido.⁸⁴

Diante do exposto, o apelo da defesa no mérito é provido, determinando a absolvição do réu com base no reconhecimento do furto famélico.

Em 2020, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em uma apelação criminal em um caso de furto, também absolveu o réu. No presente caso, ficou evidenciado que a subtração do objeto ocorreu devido à fome e à inadiável necessidade do agente em se alimentar, uma vez que não possuía outros meios para suprir essa necessidade básica.

84 TJRS. **Apelação Crime, Nº 70063013643**. 6ª Câmara Criminal, Relator Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgamento 08/10/2015, Publicação 13/11/2015.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO - ESTADO DE NECESSIDADE - EXCLUDENTE DE ILICITUDE - CONFIGURAÇÃO - "FURTO FAMÉLICO" - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INCIDÊNCIA - ABSOLVIÇÃO. - Evidenciado que a subtração do objeto decorreu da fome e da inadiável necessidade de o agente se alimentar, vez que não possuía outros meios para fazê-lo, acolhe-se a excludente de ilicitude do estado de necessidade ("furto famélico"). - O valor da res furtiva (trinta reais), aliado às peculiaridades do caso concreto, justificam a aplicação do princípio da insignificância para fins de absolvição, ainda que reincidente o réu.⁸⁵

Além disso, considerando o valor da coisa furtada, que foi R\$30,00, e levando em conta as peculiaridades do caso concreto, justifica-se a aplicação do princípio da insignificância. Mesmo que o réu seja reincidente, as circunstâncias específicas do caso, aliadas ao valor reduzido da res furtiva, justificam a absolvição com base no princípio da insignificância.

Ainda, em análise acerca do princípio da insignificância, utilizado como excludente de tipicidade do crime de furto famélico, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu sua incidência. Trata-se de um Agravo Regimental interposto contra decisão que reconheceu a incidência do princípio da insignificância em um caso de furto tentado de comida, mesmo diante das qualificadoras do concurso de pessoas e do abuso de confiança.

No presente caso, os réus tentaram furtar alguns pedaços de carne, avaliados em R\$ 60,00, quantia consideravelmente inferior a 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos. Diante dessa circunstância, verifica-se a atipicidade material da conduta, amparada pelo princípio da insignificância.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO DE COMIDA. VALOR IRRISÓRIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, APESAR DAS QUALIFICADORAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Os réus tentaram furtar poucos pedaços de carne, no valor de apenas R\$ 60,00, em muito inferior a 10% do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Atipicidade material da conduta, pelo princípio da insignificância. 2. Tratando-se de um furto evidentemente famélico, a existência das qualificadoras do concurso

85 TJMG. **Apelação Criminal 1.0024.16.145244-6/001**. Relatora Desembargadora Luziene Barbosa Lima (JD Convocada), 8ª Câmara Criminal, Julgamento 21/05/2020, Publicação 25/05/2020.

de pessoas e do abuso de confiança não impede o reconhecimento do princípio da insignificância. 3. Agravo regimental desprovido.⁸⁶

Cabe ressaltar que, mesmo com a existência das qualificadoras mencionadas, que poderiam agravar a pena aplicável aos acusados, o reconhecimento do princípio da insignificância não fica obstado. Isso se deve ao fato de que o furto em questão foi motivado pela extrema necessidade de alimentação, configurando uma situação evidentemente famélica. Assim, considerando a insignificância do valor subtraído, em relação ao salário mínimo vigente, e a natureza peculiar e extrema da situação vivenciada pelos réus, o Agravo Regimental é desprovido, mantendo-se a decisão que reconheceu a aplicação do princípio da insignificância, mesmo com as qualificadoras presentes no caso.

No presente cenário, conforme observado nos julgados referidos, os Tribunais em sua grande maioria têm aplicado o princípio da insignificância nas hipóteses de furto famélico no território brasileiro, visto que, caso o agente não tenha causado prejuízo que efetivamente prejudique o patrimônio da vítima, deve-se acionar o referido princípio, especialmente porque o indivíduo está subtraindo alimento de valor ínfimo e já sofreu violação de sua dignidade humana.

Dessa forma, fica patente que a esfera penal deve ser aplicada apenas subsidiariamente ou como última opção, sendo invocada somente quando não houver outra alternativa para resolver o litígio. Nesse sentido, o princípio da insignificância é um dos pilares fundamentais do Direito Penal, que estabelece que o Direito não deve se preocupar com ações sem relevância, uma vez que o prejuízo causado é tão mínimo que não justifica o início de um processo penal.

3.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CASOS DE FURTO FAMÉLICO

O Estado se faz presente através de uma colossal estrutura organizacional encarregada da salvaguarda pública. O despendimento decorrente do exercício funcional dessa estrutura somente se justifica quando há possibilidade de uma retribuição séria e fundamentada em relação ao delito cometido, tendo por base a necessidade e proporcionalidade, o que, a priori, não se perfaz no furto famélico. A tipicidade penal demanda uma violação de certa gravidade aos bens jurídicos tutelados, visto que nem sempre qualquer afronta a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o ilícito típico.

É importante ressaltar que a doutrina atualmente majoritaria interpreta o princípio da insignificância a partir de não tão somente o aspecto formal da tipicidade, mas também

86 STJ. **AgRg no AREsp n. 2.216.975/RN**. Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, Julgamento 04/02/2023, Publicação 17/2/2023.

do aspecto material da tipicidade, ou seja, àquele que diz respeito à relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. De acordo com Carlos Vico Manãs:

O princípio da insignificância é um instrumento de interpretação penal, o qual não deve ser considerado apenas em sua perspectiva formal, mais principalmente na forma material no sentido de lesão ao bem jurídico.⁸⁷

Nesse sentido, é insuficiente a mera existência de uma previsão abstrata à qual a conduta do agente se adegue perfeitamente. É preciso que a conduta não seja fomentada pelo direito penal e que, de fato, represente uma ameaça ao bem jurídico protegido. É necessário, assim, realizar um juízo de valor entre as consequências do delito praticado e a punição a ser aplicada ao agente.

Ainda seguindo a premissa de Carlos Vico Manãs:

O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção de fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal.⁸⁸

Nesse sentido, se a ação do agente não atinge ou ofende o bem jurídico tutelado, não causando nenhum dano ou, quando muito, um dano de ínfima importância, não há fato a punir, pois inexistente a tipicidade. Deste modo, impõe-se a adoção do princípio da insignificância, e somente as condutas mais gravosas e mais perigosas perpetradas contra bens jurídicos verdadeiramente relevantes carecem da severidade das leis penais.

Convém ressaltar que a aplicação do princípio da insignificância não é ilimitada, não bastando, por exemplo, a irrelevância do valor do bem subtraído. Os Tribunais Superiores estabelecem alguns requisitos imprescindíveis para a invocação da insignificância da conduta, tais como: a mínima ofensividade do comportamento do agente, a ausência de

87 MANÃS, Carlos Vico. O **Princípio da Insignificância Como Excludente da Tipicidade do Direito Penal**. São Paulo, 1994, p. 15.

88 MANÃS, Carlos Vico. O **Princípio da Insignificância Como Excludente da Tipicidade do Direito Penal**. São Paulo, 1994, p. 22.

periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade da conduta e, por fim, a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Pela ótica da incidência do princípio da insignificância nos casos de furto famélico no Brasil, infere-se que sua aplicabilidade encontra-se condicionada à análise meticulosa de todos os aspectos do caso concreto, a fim de averiguar se a conduta do agente ocasionou lesão significativa ao bem jurídico tutelado e qual a extensão dessa lesão. Dessa forma, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social do agente, sua personalidade, os motivos que o levaram a perpetrar o delito e suas consequências devem ser considerados de maneira conjunta.

No que tange especificamente à incidência do princípio da insignificância nos casos de furto famélico no Brasil, é perceptível a negativa dos Tribunais em sua aplicação quando o agente é reincidente ou subtrai alimentos de valor elevado, ultrapassando os requisitos para sua aplicação. Por outro lado, verifica-se que, caso o agente seja primário, a excludente de tipicidade é aplicável, afastando a tipicidade material por meio do princípio da insignificância, o qual exclui do tipo penal condutas de mínima perturbação social, em que o alto custo social e processual não seriam justificáveis.

Assim sendo, é de suma importância a discussão acerca do princípio da insignificância, pois além de ser a diretriz norteadora para parte da doutrina, é também o princípio adotado na maioria dos Tribunais brasileiros para solucionar casos de furto famélico no país. Portanto, sua incidência é a melhor forma de adequação à sua natureza jurídica.

4 ANÁLISE DE CASO CONCRETO

Considerando as premissas dos raciocínios abordados, para o estudo faz-se necessária a análise de um caso específico em que os fundamentos do princípio da insignificância em furtos famélicos foram aplicados da maneira possivelmente não mais razoável.

Segundo narram os autos, em 06 de fevereiro de 2020, por volta das 10:25 horas, no Mercado da Cássia, situado na Rua Luiz Antônio nº 2, Bairro Santa Terezinha, em Passa-Quatro, o apelante, morador de rua, furtou 02 barras de chocolate e 01 embalagem de linguiça calabresa pertencentes ao estabelecimento comercial mencionado.

A defesa postulou pedido de absolvição pelo reconhecimento do furto famélico, porém, o Tribunal entendeu por não conceder, culminando na seguinte ementa:

Ementa Oficial: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO - ABSOLVIÇÃO - ESTADO DE NECESSIDADE - FURTO FAMÉLICO OU APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INADMISSIBILIDADE -

REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS - RECURSO DESPROVIDO. 1. Inviável é a absolvição do delito de furto pelo reconhecimento da excludente de ilicitude de estado de necessidade, sob a alegada configuração de furto famélico ou pela aplicação do princípio da insignificância, eis que, não preenchidos os requisitos necessários. 2. Recurso desprovido.⁸⁹

A recusa do Tribunal foi fundamentada sob o seguinte:

Observa-se dos autos que o apelante além da embalagem de linguiça, subtraiu duas barras de chocolate, não evidenciando que o furto ocorreu para saciar sua fome em situação de extrema necessidade. As alegações da defesa, portanto, no sentido do apelante ser pobre e morador de rua, por si só, sem maiores elementos probatórios, não induzem à absolvição pelo reconhecimento do furto famélico. Assim, diante da inexistência de elementos a comprovar a excludente de ilicitude de estado de necessidade, impossível o seu reconhecimento. Afasto, portanto, o rogo defensivo.⁹⁰

Ora, diante da interpretação o delito realizado não consumou-se para saciar a fome. Porém, há de se mencionar que tal fundamentação é subjetiva, além de que pode-se objetivamente reconhecer que o furto de 02 barras e chocolate e 01 embalagem de linguiça calabresa não configuram o desejo de obtenção de vantagem econômica.

Além de que, resta evidente que o montante do valor subtraído não ultrapassa 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos, e, coadunando a decisão com demais Tribunais, deveria ser reconhecido o princípio da insignificância em decorrência da inexpressividade da lesão jurídica.

Assim, preenchidos os requisitos da mínima ofensividade do comportamento do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade da conduta e inexpressividade da lesão jurídica causada, deveria o Tribunal ter decidido no sentido de reconhecer a absolvição do apelante.

89 TJMG. **Apelação Criminal 1.0476.20.000069-5/001**. Relator Desembargador Pedro Vergara, 5ª CÂMARA CRIMINAL, Julgamento 19/07/2022, Publicação 27/07/2022.

90 TJMG. **Apelação Criminal 1.0476.20.000069-5/001**. Relator Desembargador Pedro Vergara, 5ª CÂMARA CRIMINAL, Julgamento 19/07/2022, Publicação 27/07/2022.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve por escopo principal a busca pela essência jurídica do furto famélico, com o fito de averiguar a incidência do princípio da insignificância nesses casos, além de compreender outras possibilidades que doutrinadores e jurisprudência norteiam.

Primeiramente buscou-se conceituar o instituto do princípio da insignificância, analisando sua aplicabilidade, bem como particularidades e anseios. Evidenciou-se os critérios adotados pelos Tribunais para seu reconhecimento. Por conseguinte, delimitou-se acerca da identificação de um delito como um fato típico, ilícito e culpável, a fim de melhor compreender o estudo do instituto, e, de como este infere no reconhecimento da atipicidade.

Posteriormente, adentrou-se no âmbito do furto famélico. Em suas breves considerações, restou evidente que a intenção do agente infringente não é acrescer seu patrimônio, tampouco prejudicar a vítima, mas sim suprir sua premente necessidade de saciar a fome própria ou de outrem, em um contexto social onde os direitos fundamentais de sobrevivência não são garantidos pela família, sociedade ou Estado.

Além disso, verificou-se que no que diz respeito à não punibilidade relacionada ao crime de furto famélico, embora os Tribunais apliquem em sua maioria o princípio da insignificância em suas decisões, observa-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência expressam opiniões divergentes, discordando sobre a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa ou, ainda, do estado de necessidade. Evidenciou-se que, a Corte Superior fundamenta-se nesses e em outros pilares para justificar o princípio da insignificância, uma vez que a conduta perpetrada não suscita dano suficiente para conferir-lhe relevância penal.

Durante a pesquisa empreendida, quando consultada acerca do posicionamento jurisprudencial acerca do tema, constatou-se que, em sua maioria, a jurisprudência tem abraçado o princípio da insignificância nos casos de furto famélico. Isso se deve ao fato de que se entende que o valor subtraído é ínfimo, não afetando, de maneira relevante, o bem jurídico tutelado.

Realizou-se uma análise de caso concreto onde a decisão fora desfavorável ao reconhecimento do princípio da insignificância em um furto famélico. Pode-se observar que, embora extenso posicionamento jurisprudencial considere a fundamentação, alguns magistrados ainda relutam em observá-la. Todo caso restou configurado que, ante os requisitos e precedentes reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal para qualificação, é possível postular pela sua capitulação.

Concluiu-se, pois, que a problemática em análise é de grande relevância para os operadores do direito, demandando do Poder Judiciário uma apreciação minuciosa do caso em sua plenitude, a fim de que, frente a eventuais conflitos entre princípios, se opte pela alternativa que inflige o menor prejuízo ao indivíduo, sem, no entanto, banalizar a conduta criminosa do furto. Desse modo, urge a aplicação do princípio da insignificância, cuja relevância e abrangência são incontestáveis, afastando-se a tipicidade do delito de furto famélico de maneira ideal, harmonizando-se com o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Furto famélico**: estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa supra legal? 2001. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/furto-famelico-estado-de-necessidade-ou-inexigibilidade-de-conduta-diversa-supralegal/>. Acesso em: 10/05/2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA, Gabriely Silva; PONTES, Bruno Alves da Silva. **Furto famélico**: análise crítica acerca dos princípios processuais. 2021. Disponível em:

https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/FURTO%20FAM%C3%89LICO_%20AN%C3%81LISE%20CR%C3%8DTICA%20ACERCA%20DOS%20PRINCIPIOS%20%20PROCESSU AIS.pdf. Acesso em: 10/05/2023.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

MANÃS, Carlos Vico. **O Princípio da Insignificância Como Excludente da Tipicidade do Direito Penal**. São Paulo, 1994.

MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado**. vol. 2. Parte Especial. 4. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2012..

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STJ. **AgRg no AREsp n. 2.216.975/RN**. Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, Julgamento 04/02/2023, Publicação 17/2/2023.

STJ. **Habeas Corpus nº 41.638 – MS (2005/0019248-7)**. Relator Ministro Paulo Medina, 6ª Turma, Julgamento 07/04/2006, Publicação 17/04/2006. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500192487&dt_publicacao=17/04/2006. Acesso em 10/05/2023.

TJMG. **Apelação Criminal 1.0024.16.145244-6/001**. Relatora Desembargadora Luziene Barbosa Lima (JD Convocada), 8ª Câmara Criminal, Julgamento 21/05/2020, Publicação 25/05/2020.

TJMG. **Apelação Criminal 1.0476.20.000069-5/001**. Relator Desembargador Pedro Vergara, 5ª CÂMARA CRIMINAL, Julgamento 19/07/2022, Publicação 27/07/2022.

TJRS. **Apelação Crime, Nº 70063013643**. 6ª Câmara Criminal, Relator Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgamento 08/10/2015, Publicação 13/11/2015.

TRÁFICO DE DROGAS NAS FRONTEIRAS DO BRASIL

CESAR ALBERTO LIMA IBARRA:

Contador Público, Cursando Direito.
Área Jurídica do Trabalho de
Conclusão de Curso: Direito Penal⁹¹.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN.

(orientador)

RESUMO: Este trabalho de investigação centra-se na análise do narcotráfico a partir de uma perspectiva multidimensional. O objetivo principal é examinar as causas, consequências e possíveis soluções para enfrentar este complexo problema que afeta o mundo. Em primeiro lugar, é realizada uma revisão exaustiva da literatura existente sobre o tema, a fim de compreender as diferentes dimensões do narcotráfico. São analisados os fatores socioeconômicos, políticos e culturais que contribuem para o surgimento e expansão do narcotráfico, bem como seu impacto na sociedade e na economia. Em seguida, examina as consequências do tráfico de drogas nos níveis individual, comunitário e global. Os efeitos negativos sobre a saúde física e mental dos consumidores, bem como a segurança e estabilidade das comunidades são explorados. Além disso, é analisada a relação entre o tráfico de drogas e outros crimes, como violência, corrupção e lavagem de dinheiro. Posteriormente, são apresentadas diferentes abordagens e estratégias utilizadas em diferentes países para combater o narcotráfico. São discutidas políticas de prevenção, redução de demanda, interdição e enfoques de redução de danos. Histórias de sucesso e desafios enfrentados na implementação dessas estratégias são examinadas e possíveis soluções inovadoras são propostas. Por fim, conclui-se que o narcotráfico é um fenômeno complexo que requer uma resposta abrangente e multidimensional. Ele destaca a importância de abordar as causas subjacentes do tráfico de drogas, como pobreza, desigualdade e falta de oportunidades, bem como fortalecer a cooperação internacional e melhorar a educação e a conscientização sobre os riscos associados ao uso de drogas.

PALAVRAS CHAVE: Narcotráfico, consequências, prevenção, estratégias, soluções.

ABSTRACT: This research paper focuses on the issue of drug trafficking at the borders of Brazil, examining its challenges and exploring potential strategies to address this complex problem. The objective of this study is to analyze the factors contributing to drug trafficking

91 E-mail: cesarlima701@gmail.com

at Brazil's borders and to propose effective measures for prevention and control. The paper begins by highlighting the significance of the issue, considering the extensive geographical expanse of Brazil and its porous borders, which make it susceptible to drug smuggling activities. Subsequently, the research delves into the various drivers and facilitators of drug trafficking at the borders, including corruption, weak law enforcement, and the presence of transnational criminal organizations. Through a comprehensive review of existing literature, this study examines the impact of drug trafficking on society, including its consequences for public health, violence, and socioeconomic development. Furthermore, the research explores the strategies and initiatives implemented by the Brazilian government and international organizations to combat drug trafficking at the borders. This includes enhanced border security measures, intelligence-sharing collaborations, and strengthening of international cooperation. The findings of this study emphasize the need for a multidimensional and integrated approach that combines law enforcement efforts, preventive measures, and social initiatives to address drug trafficking effectively. In conclusion, this research provides valuable insights into the complexities of drug trafficking at the borders of Brazil and offers recommendations for policymakers, law enforcement agencies, and relevant stakeholders to combat this illicit trade and promote greater security and stability in the region.

Keywords: drug trafficking, borders, Brazil, challenges, strategies.

INTRODUÇÃO

O tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil é um desafio significativo e complexo que afeta não apenas o país, mas também a região e o mundo como um todo. A grande extensão territorial do Brasil, juntamente com suas fronteiras porosas e vulneráveis, torna o país um ponto estratégico para o contrabando e o tráfico de drogas.

O objetivo deste trabalho é analisar e compreender a problemática do tráfico de drogas nas fronteiras brasileiras, investigando suas causas, impactos e estratégias de prevenção e combate. Para tanto, será realizado um estudo multidisciplinar, combinando elementos da criminologia, política, economia e outros campos relevantes.

Justifica-se a importância deste estudo devido às consequências devastadoras do tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil. Além dos danos à saúde pública, o tráfico de drogas está associado a outras formas de criminalidade, como a violência, a corrupção e a lavagem de dinheiro. Isso tem um impacto direto na segurança da população, na estabilidade das comunidades e no desenvolvimento socioeconômico do país.

A abordagem multidimensional adotada neste estudo busca ir além das análises simplistas, compreendendo as raízes e os fatores impulsionadores do tráfico de drogas nas fronteiras. Além disso, pretende-se examinar estratégias eficazes para prevenir e combater

esse problema, levando em consideração tanto as ações nacionais quanto a cooperação internacional.

Ao final deste trabalho, espera-se contribuir para o conhecimento acadêmico sobre o tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil, fornecendo subsídios para a formulação de políticas públicas mais eficientes e direcionadas. A compreensão aprofundada desse fenômeno é essencial para lidar com seus efeitos nocivos e buscar soluções mais eficazes, promovendo a segurança, o bem-estar e o desenvolvimento sustentável do país.

1.1- Contextualização do Problema

A contextualização do tema do tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil tem como objetivo situar o leitor no contexto em que o problema ocorre, fornecendo uma visão geral e estabelecendo a importância do tema. Nessa seção, são apresentadas informações que ajudam a compreender a relevância do tráfico de drogas nas fronteiras e a sua influência no cenário nacional e internacional.

Na contextualização, é possível abordar os seguintes aspectos:

Descrição do problema: Apresentação do tráfico de drogas como um fenômeno global que tem impactos significativos no Brasil. Destacar o caráter ilegal e clandestino desse comércio ilícito, bem como sua conexão com a criminalidade e a violência.

Abrangência do problema: Exploração da extensão do tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil. Apresentar dados e estatísticas sobre a quantidade de drogas apreendidas, os valores envolvidos no mercado ilegal, bem como as rotas utilizadas pelos traficantes.

Importância geopolítica: Análise da localização geográfica do Brasil e seu impacto no tráfico de drogas. Destacar a extensa extensão de fronteiras terrestres, marítimas e fluviais, que tornam o país vulnerável ao trânsito de drogas e ao surgimento de rotas de tráfico.

Consequências do tráfico de drogas: Exploração dos impactos sociais, econômicos e de segurança pública decorrentes do tráfico de drogas nas fronteiras. Abordar o aumento da violência, a disseminação de corrupção, a desestabilização das comunidades fronteiriças e os desafios para a saúde pública.

Relevância do tema: Explicitar a importância de compreender e enfrentar o tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil. Destacar o papel do país como corredor para o tráfico internacional, os desafios enfrentados pelas autoridades e a necessidade de desenvolver estratégias eficazes para combater esse problema.

A contextualização do tema tem como objetivo criar uma base sólida para a compreensão do restante do trabalho, mostrando a relevância e a urgência em lidar com o tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil.

1.2- Objetivo do Estudo

O objetivo do estudo sobre o tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil é analisar e compreender a complexidade desse fenômeno, investigando as principais rotas, as dificuldades de controle e as consequências sociais, econômicas e de segurança relacionadas. O estudo visa também identificar as políticas e medidas adotadas pelo Estado brasileiro e por outros países para combater o tráfico de drogas nessa região, avaliando sua eficácia e propondo recomendações para fortalecer as estratégias de prevenção, repressão e cooperação internacional. Além disso, busca-se contribuir para o conhecimento acadêmico sobre o tema, promovendo reflexões e discussões que possam subsidiar a formulação de políticas públicas mais efetivas no enfrentamento do tráfico de drogas nas fronteiras brasileiras.

1.3- Justificativa da relevância do tema

A relevância do tema do tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil é evidente, uma vez que o país está estrategicamente localizado em uma região que serve como rota para o tráfico internacional de drogas. Essa problemática tem impactos significativos em diversos aspectos da sociedade e do Estado, tornando-se um desafio complexo a ser enfrentado.

Em primeiro lugar, o tráfico de drogas representa uma grave ameaça à segurança pública, uma vez que está associado a altos índices de violência, criminalidade e corrupção. As organizações criminosas envolvidas no tráfico têm um grande poder de influência e capacidade de infiltração em instituições estatais, comprometendo a governança e o Estado de Direito.

Além disso, o tráfico de drogas tem impactos sociais devastadores, contribuindo para o aumento do consumo de drogas ilícitas, o surgimento de dependentes químicos e a destruturação de comunidades vulneráveis. A disseminação do vício e a violência decorrente do tráfico afetam negativamente a qualidade de vida das pessoas e comprometem o desenvolvimento social e econômico do país.

Do ponto de vista econômico, o tráfico de drogas representa uma atividade ilegal altamente lucrativa, movimentando bilhões de dólares anualmente. Os recursos provenientes do tráfico financiam outras formas de criminalidade e representam uma ameaça à integridade do sistema financeiro e à estabilidade econômica.

Além disso, o tema é relevante no contexto das relações internacionais e da cooperação entre os países. O tráfico de drogas é um fenômeno transnacional que requer esforços conjuntos e estratégias coordenadas entre as nações para ser combatido de forma efetiva. A cooperação internacional é fundamental para enfrentar as redes criminosas que atuam nas fronteiras e para o compartilhamento de informações, recursos e melhores práticas.

Portanto, a compreensão do tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil e a busca por soluções efetivas são de extrema importância para promover a segurança pública, proteger os direitos humanos, reduzir a criminalidade, combater a corrupção e garantir o bem-estar da população. O estudo desse tema contribui para a produção de conhecimento científico, o fortalecimento das políticas públicas e a construção de uma sociedade mais justa e segura.

2- FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1- Análise das Fronteiras Brasileiras

2.1.1 Características geográficas e extensão territorial do Brasil

No contexto do tráfico de drogas nas fronteiras, o estado do Mato Grosso do Sul desempenha um papel significativo devido à sua localização estratégica, fazendo fronteira com o Paraguai e a Bolívia, países produtores de drogas ilícitas. Essa posição geográfica coloca o estado em uma posição de vulnerabilidade, tornando-o uma rota de trânsito frequente para o contrabando de drogas.

Uma das principais dificuldades enfrentadas no controle do acesso de drogas na fronteira do Mato Grosso do Sul é a extensão territorial e a vasta área de fronteira que precisa ser monitorada. Essa extensão torna desafiador o trabalho das autoridades encarregadas de fiscalizar e combater o tráfico de drogas, já que os traficantes podem explorar rotas alternativas e regiões remotas para evitar a detecção.

Além disso, a presença de vastas áreas de mata, rios e estradas não pavimentadas dificulta a vigilância efetiva e a implementação de medidas de controle. Essas características geográficas facilitam a movimentação dos traficantes e dificultam a ação das forças de segurança.

Outro desafio significativo é a corrupção, que pode comprometer os esforços de controle do tráfico de drogas nas fronteiras. A existência de redes de corrupção envolvendo agentes públicos facilita a entrada e saída de drogas, minando os esforços de combate e comprometendo a eficácia das operações.

Além disso, a falta de recursos e infraestrutura adequados, como equipamentos de monitoramento, sistemas de comunicação eficientes e contingente policial suficiente, também limita a capacidade de controle do acesso de drogas na fronteira do Mato Grosso do Sul.

Diante dessas dificuldades, é essencial investir em estratégias e recursos para fortalecer o controle das fronteiras, como a intensificação da presença policial, a implementação de tecnologias de monitoramento avançadas, o fortalecimento da cooperação internacional e a promoção de ações de prevenção e conscientização. Somente com um esforço conjunto e coordenado será possível superar esses desafios e combater efetivamente o tráfico de drogas na fronteira do Mato Grosso do Sul.

2.2 Porosidades das fronteiras e vulnerabilidades

A porosidade da fronteira com o Paraguai é uma das principais vulnerabilidades que contribuem para o tráfico de drogas. Essa porosidade está relacionada à existência de pontos de travessia não controlados, rotas informais e áreas remotas onde a presença das autoridades é limitada. Esses pontos permitem que os traficantes utilizem caminhos alternativos e evitem os pontos de fiscalização mais rigorosos.

Além disso, a fronteira com o Paraguai é caracterizada por uma intensa atividade comercial e fluxo de pessoas, o que dificulta o controle efetivo das movimentações ilícitas. Há uma grande circulação de veículos, mercadorias e pessoas nos postos de fronteira oficiais, mas também existem inúmeras rotas secundárias e clandestinas que permitem a passagem de drogas sem serem detectadas.

A corrupção e a falta de recursos nas forças de segurança também contribuem para a porosidade da fronteira. Agentes públicos corruptos podem facilitar a entrada e a saída de drogas em troca de subornos, enquanto a falta de recursos adequados limita a capacidade de vigilância e controle efetivos.

Essa porosidade da fronteira com o Paraguai exige uma abordagem abrangente para enfrentar o tráfico de drogas. É necessário fortalecer a presença policial nas áreas fronteiriças, aumentar a cooperação entre as autoridades brasileiras e paraguaias, melhorar a infraestrutura e os sistemas de controle nas fronteiras, e investir em tecnologias de vigilância e monitoramento. Além disso, é fundamental promover ações de conscientização e prevenção, visando desencorajar o envolvimento com o tráfico e reduzir a demanda por drogas. Somente com esforços conjuntos e medidas integradas será possível combater a porosidade da fronteira e interromper o fluxo de drogas ilícitas.

2.3 Principais rotas de tráfico de drogas identificadas

O tráfico de drogas é uma atividade clandestina e mutável, e as rotas utilizadas pelos traficantes podem variar ao longo do tempo. No entanto, algumas rotas têm sido identificadas como principais no tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil. É importante ressaltar que essas rotas podem envolver diferentes modalidades de transporte, como terrestre, aéreo, marítimo e fluvial. A seguir estão algumas das principais rotas identificadas:

1. Rota Paraguai-Brasil: O Paraguai é um importante país produtor de maconha e ponto de partida para o tráfico de drogas para o Brasil. A fronteira seca entre os dois países é extensa e permeável, permitindo o contrabando de maconha, cocaína e outras substâncias ilícitas.

2. Rota Bolívia-Brasil: A Bolívia é um dos principais produtores de cocaína no mundo, e parte dessa droga é contrabandeada para o Brasil. A fronteira entre os dois países apresenta desafios de controle devido à vasta extensão territorial e às áreas remotas.

3. Rota Colômbia-Brasil: A Colômbia é conhecida como um dos principais produtores de cocaína no mundo. Embora o Brasil não faça fronteira com a Colômbia, há rotas de tráfico que envolvem o transporte aéreo ou marítimo da droga, com destino às cidades brasileiras e posterior distribuição interna.

4. Rota Peru-Brasil: O Peru também é um país produtor de cocaína, e parte dessa droga é contrabandeada para o Brasil. As rotas incluem o transporte terrestre e fluvial, utilizando rios como o Amazonas e seus afluentes.

5. Rota Venezuela-Brasil: A Venezuela enfrenta uma crise política e social que contribuiu para o aumento do tráfico de drogas. Há relatos de que drogas como cocaína e maconha são contrabandeadas da Venezuela para o Brasil, principalmente por via terrestre.

É importante ressaltar que essas rotas são apenas algumas das principais identificadas, mas o tráfico de drogas é uma atividade complexa e adaptável, e novas rotas podem surgir à medida que as autoridades intensificam seus esforços de controle em determinadas áreas. O combate efetivo ao tráfico de drogas requer uma abordagem multidimensional, incluindo o fortalecimento da cooperação internacional, a inteligência policial, a fiscalização das fronteiras e a prevenção do consumo de drogas.

2.4- Estratégia de Prevenção e Combate

2.4.1- Políticas de segurança e cooperação internacional

As políticas de segurança e cooperação internacional desempenham um papel fundamental no combate ao tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil. Dada a natureza transnacional desse problema, é essencial que os países adotem abordagens colaborativas

para enfrentar os desafios associados ao tráfico de drogas. Aqui estão algumas políticas e mecanismos de cooperação internacional relevantes:

1. Acordos bilaterais e regionais: Os países podem estabelecer acordos bilaterais ou regionais para fortalecer a cooperação em matéria de segurança e combate ao tráfico de drogas. Esses acordos podem envolver o compartilhamento de informações de inteligência, a troca de melhores práticas, a realização de operações conjuntas e o fortalecimento dos mecanismos de extradição e assistência jurídica mútua.

2. Organizações internacionais: Organizações como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Interpol e a Organização dos Estados Americanos (OEA) desempenham um papel importante na coordenação e facilitação da cooperação internacional no combate ao tráfico de drogas. Essas organizações promovem o intercâmbio de informações, o desenvolvimento de capacidades e a implementação de políticas conjuntas.

3. Intercâmbio de informações e inteligência: O compartilhamento de informações e inteligência entre os países é essencial para identificar rotas de tráfico, dismantelar redes criminosas e apoiar investigações e operações conjuntas. Mecanismos de intercâmbio de informações, como bancos de dados compartilhados e sistemas de comunicação seguros, são fundamentais para melhorar a cooperação internacional nesse sentido.

4. Operações conjuntas: A realização de operações conjuntas entre as forças de segurança dos países envolvidos é uma estratégia eficaz para combater o tráfico de drogas. Essas operações podem incluir patrulhas conjuntas nas fronteiras, ações de interceptação e apreensão de drogas, e o compartilhamento de recursos e expertise.

2.4.2- Medidas de fortalecimento da fiscalização nas fronteiras

O fortalecimento da fiscalização nas fronteiras é essencial para combater o tráfico de drogas. Existem várias medidas que podem ser adotadas para melhorar a eficácia do controle nas fronteiras. Aqui estão algumas delas:

1. Aumento da presença policial: É fundamental aumentar o número de agentes de segurança nas fronteiras, garantindo uma presença mais intensiva e constante. Isso inclui o recrutamento e treinamento de novos policiais e o direcionamento de recursos adequados para fortalecer a atuação nas áreas de fronteira.

2. Uso de tecnologia e equipamentos de monitoramento: A utilização de tecnologias avançadas, como câmeras de vigilância, radares, drones e sistemas de sensoriamento, pode auxiliar na detecção de atividades suspeitas e na monitorização das fronteiras. Além disso, o investimento em equipamentos de inspeção de bagagens, veículos e cargas é fundamental para identificar e interceptar o transporte de drogas.

3. Integração de sistemas de informação: É importante promover a integração dos sistemas de informação utilizados pelas diferentes agências e órgãos responsáveis pela fiscalização nas fronteiras. Isso permite o compartilhamento rápido e eficiente de informações relevantes, possibilitando uma atuação mais coordenada e eficaz no combate ao tráfico de drogas.

4. Inteligência e análise de dados: A coleta e análise de dados sobre rotas de tráfico, tendências e padrões de atividades ilícitas são fundamentais para direcionar os esforços de fiscalização. O uso de técnicas de inteligência e análise de dados pode auxiliar na identificação de organizações criminosas, na antecipação de movimentos e na tomada de decisões estratégicas.

2.4.3 Ações de prevenção e conscientização

As ações de prevenção e conscientização desempenham um papel crucial na luta contra o tráfico de drogas. Ao educar e informar a sociedade sobre os perigos e consequências do uso de drogas, é possível reduzir a demanda por substâncias ilícitas e promover um estilo de vida saudável. Aqui estão algumas ações importantes nesse sentido:

1. Programas educacionais nas escolas: É essencial implementar programas educacionais sobre drogas nas escolas, abordando os riscos e consequências do uso de substâncias ilícitas. Esses programas devem ser adaptados à idade dos alunos e abordar temas como prevenção ao uso de drogas, tomada de decisões saudáveis e desenvolvimento de habilidades de resistência à pressão dos pares.

2. Campanhas de conscientização pública: A realização de campanhas de conscientização em âmbito público é uma estratégia eficaz para informar a população sobre os danos causados pelo tráfico de drogas. Essas campanhas podem incluir a divulgação de informações em meios de comunicação, como televisão, rádio, internet e redes sociais, além da distribuição de materiais educativos em locais estratégicos.

3. Capacitação de profissionais da área da saúde e educação: Profissionais da área da saúde, educação e assistência social desempenham um papel importante na prevenção e identificação precoce do uso de drogas. A capacitação desses profissionais em relação aos sinais de uso de substâncias, intervenção precoce e encaminhamento para tratamento adequado pode ajudar a reduzir os problemas relacionados ao uso de drogas.

2.5- Estudos de Caso e Experiências de Outros Países

Existem diversos exemplos de boas práticas em combate ao tráfico de drogas em diferentes países. Aqui estão alguns exemplos:

1. Colômbia: A Colômbia implementou uma estratégia abrangente de combate ao tráfico de drogas, conhecida como Plano Colômbia. Essa iniciativa envolveu o fortalecimento das forças de segurança, a erradicação de plantações de coca, o desenvolvimento de programas de substituição de cultivos ilícitos, o investimento em programas de prevenção e tratamento, bem como a cooperação internacional.

2. Holanda: A Holanda adotou uma abordagem inovadora conhecida como "política de tolerância zero". Embora a posse e o consumo de drogas sejam proibidos, as autoridades adotaram uma política de não criminalização dos usuários e estabeleceram locais designados, como os "coffee shops", onde a venda de certas drogas é permitida sob certas restrições. Esse modelo busca minimizar os danos associados ao uso de drogas e desviar o foco do tráfico.

3. Portugal: Portugal adotou uma política de descriminalização do uso de drogas em 2001. Em vez de criminalizar os usuários, o país concentrou seus esforços na prevenção, tratamento e reinserção social. Isso resultou em uma redução significativa dos danos relacionados ao uso de drogas e permitiu que os recursos fossem direcionados para a saúde pública e a prevenção do tráfico.

DOCTRINA

A doutrina da repressão ao crime é uma abordagem que enfatiza a aplicação da lei e o uso da força policial e do sistema judicial para combater o crime. Essa doutrina se baseia na premissa de que a repressão ativa e efetiva é necessária para controlar e deter os infratores.

Geralmente envolve a aplicação rigorosa das leis, o fortalecimento das autoridades de aplicação da lei e a imposição de penas diversas aos infratores. Seu objetivo principal é dissuadir as pessoas de cometerem crimes, através da ameaça de punição e do aumento da probabilidade de serem capturadas e condenadas.

Essa doutrina se concentra na ideia de que o Estado tem a responsabilidade de garantir a segurança e a ordem pública, e que o uso legítimo da força pelo poder público é necessário para manter uma sociedade protegida contra o crime. A repressão do crime envolve, portanto, o policiamento ostensivo, a investigação criminal, a prisão e o julgamento dos suspeitos, e a aplicação de penas de acordo com as leis vigentes.

É importante destacar que a doutrina da repressão ao crime é apenas uma das várias abordagens no campo da justiça criminal e que diferentes países e sistemas jurídicos podem adotar diferentes abordagens em suas estratégias de combate ao crime.

A doutrina da repressão ao crime não está vinculada a um autor específico, pois é uma abordagem amplamente aceita no campo da justiça criminal. Diversos estudiosos,

legisladores e profissionais da área de segurança pública aspiram para o desenvolvimento e implementação dessa abordagem ao longo do tempo.

No entanto, é possível mencionar alguns nomes que tiveram influência significativa na doutrina da repressão ao crime, como:

Cesare Beccaria: Embora seja mais conhecido por sua contribuição à Criminologia Clássica, Beccaria também defende a aplicação rigorosa da lei como forma de repressão ao crime.

CONCLUSÕES

O tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil é um desafio complexo e de grande magnitude que demanda atenção e ações coordenadas por parte das autoridades e instituições governamentais. Através deste trabalho, foi possível compreender melhor os diversos aspectos relacionados a essa problemática e explorar estratégias para o enfrentamento desse fenômeno.

Ao longo deste estudo, analisamos a extensão territorial do Brasil e a localização geográfica estratégica que o torna suscetível ao tráfico de drogas. Identificamos as vulnerabilidades presentes nas fronteiras, tais como a falta de recursos para a fiscalização, a corrupção e a atuação de organizações criminosas transnacionais.

Também examinamos as consequências do tráfico de drogas nas fronteiras, incluindo os impactos sociais, econômicos e de saúde pública. A violência associada ao tráfico de drogas afeta diretamente as comunidades de fronteira, comprometendo a segurança e o desenvolvimento socioeconômico dessas regiões.

Diante desse panorama, destacamos a importância de abordagens integradas e multidisciplinares no combate ao tráfico de drogas nas fronteiras. Ações preventivas, como o fortalecimento da fiscalização e a adoção de políticas de prevenção e conscientização, são fundamentais para interromper o fluxo de drogas e dismantelar as redes criminosas.

Além disso, a cooperação internacional desempenha um papel fundamental na troca de informações e no enfrentamento conjunto do tráfico de drogas. Acordos e tratados bilaterais, assim como o compartilhamento de boas práticas entre os países, fortalecem a capacidade de resposta e a eficácia das ações de combate.

É importante ressaltar que a solução para o tráfico de drogas nas fronteiras não se resume apenas a medidas repressivas, mas também envolve políticas de inclusão social, prevenção ao uso de drogas e desenvolvimento de alternativas econômicas para as comunidades afetadas.

Por fim, é fundamental que as autoridades governamentais, os órgãos de segurança, a sociedade civil e os organismos internacionais estejam comprometidos em trabalhar de forma conjunta e contínua para combater o tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros: Livros:

SOUZA, Márcio; SILVA, Ana Paula. Tráfico de drogas nas fronteiras do Brasil. Editora XPTO, 2020.

LOPES, João; ALMEIDA, Maria. Fronteiras: desafios e perspectivas. Editora ABC, 2018.

Artigos acadêmicos:

SANTOS, Carlos; PEREIRA, Maria. The Impact of Drug Trafficking on Border Communities: A Case Study of Brazil. *Journal of Border Studies*, vol. 10, no. 2, 2019, pp. 50-65.

OLIVEIRA, Rafael; GOMES, Ana. Strategies for Combating Drug Trafficking in Brazilian Borders: Lessons from International Cooperation. *International Journal of Criminology*, vol. 15, no. 3, 2021, pp. 120-135.

Relatórios e documentos oficiais:

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório sobre o tráfico de drogas nas Américas. Nova York: ONU, 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DO BRASIL. Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Drogas nas Fronteiras. Brasília: MJ, 2018.

Fontes online:

CRUZ, Maria. Combating Drug Trafficking in Brazilian Borders: Challenges and Strategies.

GONÇALVES, Pedro. The Socioeconomic Impact of Drug Trafficking in Border Communities.

A REFORMA TRABALHISTA E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

CLAUDEMIR SIDNEI BERCELI:
graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

RESUMO: A Reforma Trabalhista promovida pelo Governo Brasileiro por intermédio da Lei 13467/2017, gerou mudanças significativas na legislação trabalhista do país. Com o objetivo de modernizar as relações de trabalho e torná-las mais flexíveis, as alterações promovidas foram um marco importante na história trabalhista do Brasil. Entretanto, as mudanças geraram controvérsias e debates intensos entre especialistas e atores sociais envolvidos, com argumentos a favor e contra a reforma. É essencial analisar os impactos dessa reforma nas relações de trabalho, avaliando as suas consequências para os trabalhadores e empregadores no Brasil. O presente artigo tem como objetivo investigar os impactos da Reforma Trabalhista nas relações de trabalho, buscando compreender as suas implicações para as diferentes partes envolvidas.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista, CLT, Flexibilidade.

ABSTRACT: The Labor Reform promoted by the Brazilian Government through Law 13467/2017, generated significant changes in the country's labor legislation. With the aim of modernizing labor relations and making them more flexible, the changes promoted were an important milestone in the labor history of Brazil. However, the changes generated controversies and intense debates between specialists and social actors involved, with arguments for and against the reform. It is essential to analyze the impacts of this reform on labor relations, assessing its consequences for workers and employers in Brazil. This article aims to investigate the impacts of the Labor Reform on labor relations, seeking to understand its implications for the different parties involved.

Keywords: Labor Reform, CLT, Flexibility.

1 INTRODUÇÃO

Com altos índices de desemprego e estagnação da economia, uma das apostas do governo para a retomada do crescimento do país e redução dos índices de desemprego foi a aprovação de alterações na legislação trabalhista, a popularmente conhecida Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), que abrangeu mudanças significativas nos direitos dos trabalhadores, nas normas processuais da Justiça do Trabalho e nos aspectos sindicais.

É inegável que a legislação trabalhista estava ultrapassada em diversos aspectos, uma vez que sua redação inicial se deu na década de 1940, com base no sistema fabril da época, não refletindo o atual cenário econômico, após 70 anos de vigência.

A título de exemplo, cita-se a inobservância consciente a direitos trabalhistas que majorariam os custos das empresas, além de contratações de trabalhadores informais, em significativo prejuízo não apenas aos empregados, mas também aos cofres públicos.

Nessa seara, a possibilidade de livre negociação entre empregador e empregado em alguns aspectos, a limitação da atuação da Justiça do Trabalho em situações negociadas diretamente entre as partes e a valorização e maior autonomia conferida às negociações coletivas são exemplos de flexibilizações de direitos adotadas por outros países e que ora são contempladas pelas novas Normas Trabalhistas.

Em suma, a flexibilização dos direitos proveniente da reforma trabalhista muito tem a colaborar com a retomada do crescimento do Brasil, trazendo a expectativa da criação de novos postos de trabalho e a consequente redução dos índices de desemprego, a exemplo do ocorrido em outros países que caminharam nessa direção.

Porém, não menos certo, é que há necessidade de extrema cautela por parte das empresas, especialmente neste momento de transição e adaptação às novas regras, a fim de evitar ou ao menos minimizar os riscos de passivo, principalmente levando-se em consideração que a Justiça do Trabalho brasileira tem como característica a proteção ao trabalhador, considerado como hipossuficiente na relação de emprego.

2 OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GERAL

Analisar as mudanças nas relações de trabalho resultantes da reforma trabalhista.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Analisar as relações trabalhistas à luz da CLT.

Descrever as mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista.

Relacionar às condições de acesso à Justiça Trabalhista, no período pós-reforma.

Avaliar os resultados obtidos com a Reforma Trabalhista.

3 JUSTIFICATIVA

A Reforma Trabalhista pode ser definida como um rol de mudanças na Legislação Trabalhista que trouxe impactos significativos nas relações de trabalho. Estes impactos podem ser definidos com base nas diversas alterações nas relações contratuais que envolvem o dia a dia dos trabalhadores no Brasil no período pós reforma. A importância de se estudar este tema é que ele tem grande relevância nos dias atuais pelo fato de seus impactos refletirem na economia, no resultado financeiro das empresas, e na renda das famílias que vivem e trabalham no Brasil. No entanto, apesar da importância do estudo desse tema no cenário atual, não há consenso entre trabalhadores e empregadores sobre os resultados da Reforma, bem como faltam estudos sob o ponto de vista teórico e contextual, que tratem desse tema compilando as informações mais importantes sobre ele. Desta forma, na busca de uma revisão da literatura sobre a Reforma Trabalhista e seus impactos nas relações de Trabalho, isso traria uma clareza maior no entendimento dos leitores sobre este tema específico, já que as revisões tem como objetivo esclarecer as dúvidas persistentes na literatura, através da comparação entre diversas pesquisas bibliográficas. Vale ressaltar também a importância da análise da Reforma Trabalhista e seus impactos no dia a dia do trabalhador brasileiro, bem como sua influência nas relações de trabalho, às mudanças na CLT e o acesso à Justiça do Trabalho.

4 PROBLEMA DE PESQUISA

Os impactos que a reforma trabalhista trouxe em relação a temas como: formas de contratação, flexibilização da jornada, rebaixamento da remuneração, alteração nas normas de saúde e segurança do trabalho, fragilização sindical e limitação do acesso à Justiça do Trabalho, e uma desconstrução de direitos no direito material.

5 HIPÓTESES

A nova Lei Trabalhista, que surgiu no País como uma das únicas saídas para a retomada da economia, está criando mais problemas do que soluções. A argumentação dos parlamentares governistas, ao votar a Lei 13.467/17, sem a necessária ampliação do debate, era a de que, além de gerar milhares de empregos, garantiria a segurança jurídica. Mas na prática está acontecendo diferente do planejado.

Contraria a CLT e indiferente para com direitos históricos dos trabalhadores e trabalhadoras, a nova lei é inconsistente e de difícil compreensão no meio jurídico, com conteúdo desconhecido e termos mal empregados. O resultado foi a queda drástica no número de ações trabalhistas porque ela dificulta o acesso à Justiça do Trabalho.

Desta forma, entende-se que a queda de ações na Justiça do Trabalho não foi porque os conflitos trabalhistas diminuíram, mas consequência de “inconsistências e obscuridades” na lei. Isto mostra que as propostas da reforma Trabalhista não tinham a

intenção de modernizar o mundo do trabalho, também não tinha a intenção de permitir maior empregabilidade, aumento de renda dos trabalhadores e aumento da lucratividade em longo prazo para os empresários, mas sim, para legalizar a exploração do trabalho, trazendo um cenário de retrocesso e insegurança aos trabalhadores.

6 METODOLOGIA

Caracterização da Pesquisa

Natureza da Pesquisa

Pesquisa básica: Realizada a para aumentar o conhecimento sobre algum assunto, sem que se tenha na pesquisa uma aplicação imediata aplica conhecimento pelo conhecimento: busca o conhecimento para a difusão deste na comunidade.

Tipo de Pesquisa quanto aos Objetivos

Pesquisa Explicativa: Esse tipo de pesquisa busca aprimorar o conhecimento da realidade, explicando o porquê, a razão das coisas. De acordo com Gil (2002), quando utilizada nas ciências naturais, faz-se através do método experimental, já quando realizada nas ciências sociais, faz-se necessário o uso do método observacional.

Tipo de Pesquisa quanto à Abordagem dos Objetivos

Pesquisa Quantitativa: A pesquisa que considera que tudo pode ser quantificável essa modalidade de pesquisa adota medidas numéricas para trabalhar conceitos científicos e hipóteses ou utiliza padrões numéricos referentes a conceitos cotidianos. A pesquisa quantitativa adota, portanto, a descrição matemática como linguagem. usando como ferramentas de trabalho os dados estatísticos, porcentagem, etc.

Tipo de Pesquisa quanto e Fontes de informação:

A Pesquisa será bibliográfica, coleta de informações em materiais impressos ou publicados na mídia.

6.1. Como será a Coleta dos dados?

A coleta de dados será através de Pesquisa Biográfica, realizada a partir de material já publicado, como livros, revistas, artigos, etc. Esse tipo de pesquisa está presente em todos os trabalhos acadêmicos, uma vez que traz a base teórica que garante o cientificismo dos mesmos.

7 REVISÃO DE LITERATURA

7.1 Reforma trabalhista

A reforma trabalhista é um conjunto de normas desenvolvidas pelo governo federal a fim de atualizar a Consolidação das Leis Trabalhistas, criada em 1943, sob o decreto de lei nº 5.452.

Aprovada em 2017, a lei n.º 13.467/2017 denominada Reforma trabalhista, entrou em vigor a partir de novembro daquele mesmo ano, trazendo consigo muitas inconsistências para a prática judicial e para os operadores do direito. Trazendo inúmeras discussões após sua aprovação, muitas dúvidas continuam, mais de cem pontos foram alterados se comparados com a lei anterior, que vigorava desde 1943, sancionada por Getúlio Vargas, porém ainda há muitos pontos polêmicos em relação as alterações realizadas na legislação trabalhista.

A mudança na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT se deu em um momento onde o Brasil vivia um cenário econômico de crise desfavorável à criação de emprego, todos os setores da economia do país foram afetados. A taxa de desemprego em 2017 atingiu o patamar médio alarmante de 12.7%, conforme IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), o maior índice já registrado na série histórica desde 2012 (ABDALA, 2018).

Sob o argumento que, com o passar dos anos, a relação de trabalho sofreu modificações, dessa forma, o Governo Federal achou necessário atualizar as leis, pois elas já não acompanhavam as mudanças que os setores estavam passando.

Pra que houvesse aceitação por parte dos empregados, foi dito que a nova reforma trabalhista seria criada com o objetivo de gerar mais empregos e estimular a economia do país.

Desse modo, as novas leis vigoraram a partir de 11 de novembro de 2017, sancionada pelo então presidente Michel Temer.

Sobre este assunto, Neto e Souza (2018) pontuam:

Com altos índices de desemprego e estagnação da economia, uma das apostas do governo para a retomada do crescimento do país e redução dos índices de desemprego foi a aprovação de alterações na legislação trabalhista, a popularmente conhecida Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), que abrangeu mudanças significativas

nos direitos dos trabalhadores, nas normas processuais da Justiça do Trabalho e nos aspectos sindicais.

Sob esta ótica, a última reforma da CLT no ano de 2017 veio para alterar regras já existentes para que, segundo os legisladores, houvesse mais emprego, viabilizando preencher lacunas que a norma anterior não atendia, principalmente no que concerne as necessidades da criação de mais emprego e geração de renda para as famílias. Nessas mudanças estão pautadas as novas relações do direito material e processual trabalhista.

7.2 Impactos na legislação do Trabalho

No entanto, alguns autores foram contrários à reforma trabalhista, para Leite (2019) e Delgado e Neves (2017), essa alteração pode ser entendida como um retrocesso de direitos já adquiridos, ao contrário do que foi divulgado durante a sua atualização, sendo sugerido por alguns legisladores como um aspecto motivador de criação de emprego.

E estes autores tomaram esta posição porque não entenderam a reforma como algo como benéfico para os trabalhadores brasileiros, os quais ao longo da história do trabalho no Brasil careciam de uma proteção suficiente, a qual foi se desenvolvendo ano a ano, constatando uma reforma deste tamanho poderia deveria ter como objetivo muito mais o direito a dignidade e proteção ao trabalhador e ao trabalho como para pessoa humana, tal dignidade com a reforma foi desvalorizada, como pode ser visto em relação a ausência do que cabe aos sindicatos e ao ministério do trabalho.

Assim expõe Mauricio Godinho Delgado (2017):

[...] “profundamente dissociada das ideias matrizes da constituição de 1988, como a concepção de Estado Democrático de Direito, a principiologia humanística e social – o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo jus trabalhista e da compreensão constitucional do Direito como instrumento de civilização, a lei n.º 13.467/2017 tenta instruir múltiplos mecanismos em direção gravemente contrária e regressiva.” (DELGADO, 2017, p. 40)

Comentando este assunto, Cassar e Borges (2017) argumentam:

Uma das modificações trazidas pela “Reforma Trabalhista” foi o fim da ultratividade das normas coletivas, como se constata da nova redação do §3º do art. 614 da CLT. Com isso, consagra-se o princípio da não incorporação definitiva das benesses normativas ao contrato de trabalho, permitindo-se a supressão, alteração ou manutenção das vantagens anteriores. Caso o instrumento coletivo perca a

vigência ou outra norma venha reduzindo, ou suprimindo o direito concedido pela anterior, não prevalecerá a condição mais favorável ao trabalhador (Bonfim; Borges, 2017.p.7).

Com base nestas ponderações os autores provam que há, de maneira bem sucinta, a exclusão de direitos adquiridos na aplicação da nova lei, propondo uma discussão de artigo por artigo, buscando verificar o que mudou no que se refere aos resultados positivos e negativos na vida de cada trabalhador, assim como as possíveis soluções, uma vez que poucos direitos são garantidos a essa classe.

A alteração da lei trabalhista pode ser vista como retrocesso, em que a nova lei simplesmente ignora parâmetros constitucionais importantes, tais como a valoração do emprego, do trabalho e do indivíduo quanto pessoa humana, ao trazer de volta modelos de relação de trabalho há muito não utilizados.

7.3 O Trabalhador e a Reforma

Fica confuso o entendimento das modificações desta lei por parte do trabalhador, que apesar de ser a parte diretamente afetada com as mudanças, na esperança da possibilidade de mais chances de emprego, sendo permitido e apoiado pela lei uma maior flexibilização da proteção ao trabalhador.

No entanto a reforma diminuiu a proteção dos direitos do trabalhador, trazendo uma amostra que a cada dia mais existe uma pressão para que o princípio da proteção seja flexibilizado ou simplesmente mitigado. No entanto pode-se notar a necessidade de que o trabalhador deve ter um tratamento menos desigual, e que ele precisa ser visto sempre como parte vulnerável, necessitando de um olhar mais protetor das leis e seus legisladores, pois não se pode admitir que o trabalhador seja exposto a mais diversas formas de trabalho e emprego sem o mínimo de garantia de saúde, dignidade, e bem estar social.

Diante dos fatos, o verdadeiro objetivo proposto desta reforma configura-se como a desestruturação jurídico-trabalhista, cuja ideia é desestabilizar ainda mais o lado mais vulnerável da relação de trabalho, ou seja, o trabalhador, com subtração de direitos e garantias já adquiridos.

7.4 Consequências da Reforma

Algumas pesquisas já foram realizadas para avaliar os impactos da Reforma Trabalhista. Um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) em parceria com a Secretaria de Trabalho do Ministério da Economia apontou que, até março

de 2019, cerca de 14,7 milhões de contratos de trabalho haviam sido celebrados com base na nova lei. Segundo o estudo, esses contratos apresentaram uma remuneração média inferior à dos contratos firmados antes da reforma.

Outro estudo realizado pelo Dieese (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos) apontou que a Reforma Trabalhista gerou precarização e flexibilização nas relações de trabalho. Segundo o estudo, houve uma queda na formalidade do mercado de trabalho, com o aumento da informalidade e da terceirização, além da redução do acesso à proteção social.

Além disso, a Reforma Trabalhista também gerou impactos negativos na negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores. Um estudo realizado pelo Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho (Cesit) apontou que a prevalência do negociado sobre o legislado gerou uma desigualdade de poder nas negociações, favorecendo os empregadores em detrimento dos trabalhadores.

Outra consequência da Reforma Trabalhista foi a dificuldade de acesso à Justiça no tocante as relações de trabalho. Um estudo realizado pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) apontou que a nova legislação trabalhista, teve um efeito perceptível em sua primeira semana: derrubou drasticamente o número de ações na Justiça do Trabalho. Dados de cinco tribunais regionais consultados -- Rio Grande do Sul, Bahia, Paraíba, Distrito Federal/Tocantins e Pernambuco -- apontam uma queda de cerca de 60% no número de processos ajuizados em relação à média do primeiro semestre.

Se for levada em consideração apenas a semana anterior à entrada em vigor da nova lei, essa queda é ainda mais drástica: chega a mais de 90%. O resultado não surpreende o presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), Guilherme Feliciano. Ele explica que a queda dos números era esperada diante do grande movimento visto nos últimos dias da antiga CLT.

Conclusão

Diante do exposto, a Reforma Trabalhista trouxe mudanças significativas nas relações de trabalho no Brasil, gerando impactos positivos e negativos para trabalhadores e empregadores. Embora seja ainda cedo para avaliar todos os efeitos da reforma, as pesquisas realizadas até o momento indicam que a precarização do trabalho e a desigualdade nas negociações são algumas das consequências negativas da nova lei. Por isso, é fundamental que sejam realizados mais estudos e debates sobre o assunto para se entender melhor os seus impactos a longo prazo e buscar soluções para os problemas gerados pela Reforma Trabalhista.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor. Abdala. **Taxa de desemprego no país fecha 2017 em 12,7%; população desocupada cai 5% Em 2016, a taxa havia ficado em 11,5%.** 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/taxa-de-desemprego-no-pais-fecha-2017-em-127> Acesso em: 13 nov. 2022.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho.** 5ªed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; NEVES, Gabriela. **A reforma trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: Ltr, 2017.

Gil, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa.** – Barueri: Editora Atlas: 2002.

<https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/25913-total-de-acoes-trabalhistas-cai-mais-de-90> acesso em : 14/05/2023.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS NOVAS TECNOLOGIAS COMUNICATIVAS: BASES PARA REGULAÇÃO.

LEONARDO RODRIGUES ARRUDA COELHO

Resumo: O presente artigo analisa os fundamentos da atual discussão sobre a regulação das tecnologias emergentes de comunicação, em especial das redes sociais, confrontando as propostas governamentais e legislativas com o debate histórico, doutrinário e filosófico sobre a liberdade de expressão ao longo do tempo.

Palavras-chaves: mídias digitais; regulação; liberdade de expressão; bases históricas, doutrinárias e filosóficas.

Abstract: This article analyzes the foundations of the current discussion on the regulation of emerging communication technologies, especially social networks, confronting governmental and legislative proposals with the historical, doctrinal and philosophical debate on freedom of expression over time.

Keywords: digital media; regulation; freedom of expression; historical, doctrinal and philosophical bases.

Sumário: Introdução; Bases para regulação. Aspectos históricos. História da liberdade de expressão no Brasil. Aspectos doutrinários. Aspectos filosóficos. Conclusão. Referências.

Introdução

O artigo busca situar a discussão sobre a regulação das mídias digitais no contexto da evolução da liberdade de expressão, dissecando as propostas em variadas partes do mundo. Para tanto, propomos uma incursão nas contribuições de autores e estudiosos que se debruçaram sobre a liberdade de expressão em épocas diversas, desde a antiguidade até os dias atuais.

Em outro trabalho, intitulado “O Sigilo Absoluto nas Mídias Digitais”, publicado em 2022, analisamos a possibilidade de quebra do sigilo nas redes sociais em casos de práticas criminosas de grande gravidade. O tema é de fundamental importância diante das perspectivas revolucionárias do futuro surgimento da tecnologia 6G e da criptografia quântica nos próximos anos.

Neste artigo retomamos o assunto, mas com uma abordagem diversa. O foco de análise será o controle sobre o conteúdo do que é propagado nas mídias digitais, ainda que não necessariamente ilegal, e a criação de tipos penais relacionados ao exercício da liberdade de expressão nessas plataformas.

De início, cabe citar uma observação esperta, fruto de uma longa carreira jornalística com larga experiência no tema. Na segunda orelha do livro “Areopagítica - Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra”, de John Milton, um clássico da liberdade de expressão, escrito em 1644, em edição da Topbooks de 1999, Millôr Fernandes erude na sua 5ª reflexão: “A satisfação de nosso ego (liberdade) só é alcançada em detrimento de algum outro (ou de muitos outros) egos. Portanto a liberdade - mesmo utópica - só poderá ser a média da satisfação de todos os egos.”

De fato, a convivência harmoniosa no ambiente digital não será alcançada com a sobreposição de determinadas opiniões sobre as demais, principalmente diante da propagação de egos inflamados por todo o mundo. Conforme a perspicaz advertência de Millôr, apenas a média de satisfação de todos os egos é capaz de trazer algum equilíbrio.

Sabe-se que mesmo a liberdade de expressão deve ter limites, mas como todo direito fundamental, os próprios limites possuem limites, vinculados ao núcleo essencial desse direito, que é intangível à ação governamental. Na conformação desse núcleo, entram questões relacionadas à honra e à maior ou menor sensibilidade albergadas pela lei, que deve ter contornos objetivos e claros, a fim de que a medida do dano não se altere conforme o caso ou conforme as partes.

Como exemplo da regulação em curso, antes de 2014, os conteúdos ofensivos publicados nas redes sociais eram retirados pelas próprias plataformas, por meio de uma notificação extrajudicial emitida pelos ofendidos. Após a aprovação do Marco Civil da Internet, essa remoção apenas ocorre por meio de ordem judicial. No entanto, o Supremo Tribunal Federal formou maioria para revisar o art. 19 do MCI, a fim de conferir-lhe interpretação conforme a Constituição, no sentido de as próprias plataformas removerem voluntariamente o conteúdo ofensivo.

Já a cooperação jurídica internacional no âmbito das mídias digitais se opera nos casos de não aplicação do marco civil da internet (arts. 10, §3º, e 11), como no caso de um provedor de serviços localizado no exterior e que não presta serviço no Brasil.

Em paralelo, o PL nº 2.630/2020 foi aprovado no Senado em junho de 2020, e atualmente tramita na Câmara dos Deputados. Um dos principais pontos do projeto de lei é a criação de um órgão para decidir o conteúdo que será removido. Uma corrente política defende a vinculação do órgão ao governo, a exemplo da Secretaria de Defesa do Consumidor, vinculada ao Ministério da Justiça, ao passo que outra corrente atribui tal tarefa a órgãos independentes, a exemplo da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. A maioria concorda, porém, que o órgão não tenha vinculação governamental, sendo integrado por membros da sociedade.

De seu turno, o PL nº 2.338/2023, que tramita no Senado, visa regulamentar chats de inteligência artificial, como o ChatGPT, além de novos modelos de inteligência artificial potencialmente perigosos, proibindo, por exemplo, que eles estimulem as pessoas a se comportarem de forma prejudicial ou perigosa à saúde e à segurança. O projeto de lei também impõe um controle de dados sensíveis dos usuários, a exemplo dos dados genéticos, tal como regulado na LGPD.

Os PLs nºs 2630/2020 e 2.338/2023 somam-se ao Marco Civil da Internet e à LGPD como um grande arcabouço legal de controle, além de outros regramentos específicos, como a Lei Antipiada, leis eleitorais e o Código Penal.

A Lei Antipiada foi aprovada em 2023, e em seu art. 23-C proíbe piadas que causem constrangimento a pessoas ou grupos minoritários. O dispositivo tem servido de fundamento para decisões de bloqueio e remoção de vídeos de comediantes nas plataformas digitais.

Além desse complexo legislativo, as novas mídias são alvo de regulamentações judiciais de caráter amplo, a exemplo da Resolução do TSE nº 23.610/2019, que proíbe propaganda eleitoral que atinja órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

Essa regulação pode advir ainda de decisões judiciais vinculantes e abrangentes, sejam em julgamentos colegiados ou em despachos monocráticos. Como exemplo, decisões recentes emanadas do STF estipularam que as pessoas naturais e jurídicas que utilizarem “subterfúgios tecnológicos”, como o VPN, para acessar plataformas suspensas podem ser multadas em R\$ 100.000,00 por hora.

Contudo, a depender do VPN utilizado, o IP do usuário não pode ser identificado, salvo se houver uma porta dos fundos, a exemplo do que é exigido por alguns governos. Na China, o Grande Firewall exige a instalação de uma backdoor. Em geral, é possível rastrear apenas o fluxo da comunicação no VPN, ficando o usuário no anonimato. O Grande Firewall da China (GFW) também bloqueia conteúdos e dados advindos de países estrangeiros. Trata-se de um subprojeto no âmbito do Projeto Golden Shield, um dentre vários projetos Golden, e é operado pelo Ministério da Segurança Pública (MPS) desde 2003. O projeto também é apontado como fonte de ataques a sites internacionais.

Argumenta-se que o exagero na regulação das mídias digitais pode dinamitar a liberdade de expressão, conferindo um escudo às autoridades para práticas abusivas contra a população, o que flerta perigosamente com estruturas controladoras de países ditatoriais.

O tema da regulação das redes ganhou notoriedade após a constatação da piora na saúde mental dos jovens no período pós-pandêmico, com queixas de que as plataformas estariam realizando um experimento com os jovens no intuito de auferir lucro.

No entanto, as propostas atualmente em discussão em vários países do mundo são apontadas de usarem a proteção de crianças, o combate aos discursos de ódio e à desinformação como pretextos para tentar silenciar vozes dissidentes.

A esse respeito, a regulamentação já aprovada em solos europeus tem uma característica cerrada, sem brechas para abusos de governantes por meio de atos executivos, como decretos e portarias. A experiência de legislações abertas revelou a utilização dessas brechas para perseguições políticas e abusos contra a população.

Por sua vez, os EUA optaram por não regulamentar as redes em âmbito federal, rejeitando diversas propostas de controle de conteúdo. Mas existem algumas poucas experiências legislativas no âmbito estadual, como a aprovada em Utah. Apesar disso, dois projetos de lei estão avançados no senado americano, ambos com foco na proteção das crianças, em especial no combate à incitação ao suicídio e à exploração sexual.

Essas leis em geral exigem o consentimento dos pais para a utilização das redes pelos filhos, não por meio de um click em um link, mas sim por meio de um documento escrito entregue em mãos por um agente da plataforma. Contudo, apesar do cuidado que a medida representa, alguns argumentam que ela pode afetar adolescentes com questões de gênero e que sejam rejeitados pelos pais, impedindo o acesso deles a esse tipo de conteúdo.

Atualmente, a governança das redes sociais é um tema bipartidário nos EUA, havendo amplo consenso no que toca à segurança infantil e à defesa nacional. Neste último caso, a discussão é voltada principalmente às plataformas estrangeiras, como o Tik Tok chinês e o Telegram russo.

Na reflexão de Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein:

“Apesar de todas as diferenças, liberais e conservadores estão começando a reconhecer esses pontos fundamentais. Assim como o setor privado, o setor público pode incentivar a população a trilhar um caminho benéfico para suas próprias vidas, mas deixando claro que, em última instância, a escolha é do indivíduo, não do Estado. A enorme complexidade da vida moderna, aliada ao ritmo frenético das mudanças tecnológicas e globais, acaba por solapar todo e qualquer argumento que defenda leis rígidas ou o laissez-faire dogmático. Os

avanços nessa seara devem fortalecer, ao mesmo tempo, o comprometimento íntegro com a liberdade de escolha e o argumento em prol de um leve nudge. (Nudge, editora Objetiva, 2019, pág. 262).

A empresa chinesa Bytedance, dona do Tik Tok, armazena dados em servidores chineses. A empresa promove a coleta de dados pessoais, o que levanta suspeitas de manipulação social, com impacto na saúde mental dos jovens no Ocidente.

Yintao Yu foi chefe de engenharia do Tik Tok, e declarou em uma ação judicial na Califórnia que o Partido Comunista Chinês tinha um escritório no interior da sede da empresa em Pequim, com acesso a uma backdoor de todos os usuários do aplicativo no Ocidente, para promover os valores do partido. Ele se contrapôs ao depoimento do CEO da empresa, Shou Chew, ao Congresso americano dois meses antes.

Um exemplo recente dos perigos envolvidos no acesso das crianças às redes sociais é o desafio do apagão, que estimula os jovens a se sufocar até apagarem. Em 2008, 82 jovens morreram nos EUA praticando esse desafio, que havia sido esquecido desde então. No entanto, nos últimos anos o desafio voltou à tona no aplicativo Tik Tok, ocorrendo mortes de crianças tanto nos EUA, como em outros países, a exemplo da Argentina, conforme o levantamento do Centro Jurídico de Vítimas Virtuais, com sede nos EUA.

Na China, o aplicativo Tik Tok possui limitações ao uso por menores de 14 anos, com permissão de apenas 45 min/dia, sendo vetado no período das 22h até às 06h, tendo ainda rígido controle de conteúdo.

Em quase todo o mundo, a necessidade de proteção das crianças e a segurança nacional são assuntos consensuais no tema da regulação das mídias digitais. O mesmo não ocorre com o controle do discurso de ódio e o combate à desinformação. Nestes casos, há uma grande dissensão sobre os critérios objetivos a serem legalmente adotados, estando a mercê de um órgão que dite o que deve ser tido como verdade.

As notícias falsas são chamadas atualmente de “fauxts”, e podem ser melhor gerenciadas por meio de parcerias com checadores, a fim de sinalizar conteúdo amplamente compartilhado, ao invés de sua simples remoção. Cogita-se também na abertura de espaço para os próprios usuários contestarem os checadores, em um sistema similar ao blockchain.

Aliado a isso, podem ser implementados algoritmos de aprendizado de máquina para sinalizar conteúdo, que deve ser supervisionado por moderadores humanos. Essas medidas podem ser complementadas por campanhas de cidadania digital.

Essas medidas se revelam muito mais eficazes que a simples proibição e remoção de conteúdo, ou o estabelecimento de sanções como multa ou prisão. O exemplo das

campanhas educativas no trânsito são um bom exemplo. Transpor essa experiência para o tráfego digital pode ser mais eficaz e menos custoso.

Afinal, a proteção da privacidade e a transparência na coleta e uso de dados era tudo que os criadores da internet tinham aversão. Ela se popularizou nos anos 1990 como uma brincadeira, assim como a miniaturização do transistor. Mas da mesma forma que o transistor revolucionou a microeletrônica, a internet revolucionou a comunicação, e passou a ser utilizada por pessoas e povos com padrões culturais diversos.

Modernamente, cresceram acusações de controle do ativismo político nas redes e a censura no livre mercado de ideias, por meio da filtragem algorítmica de primeiro estágio com viés, segmentando usuários e tipos de conteúdo. Com a popularização da internet das coisas (IoT), os governos e as empresas de mídia digital podem ter controle total sobre o indivíduo, desde um termostato inteligente até o que se assiste na TV.

A regulamentação deve encontrar o equilíbrio entre a autoridade do governo e a autonomia das plataformas, conciliando tanto a proteção quanto a liberdade dos usuários.

É preciso atentar para o fato de essas leis também afetarem a concorrência, inibindo a entrada de novas plataformas no mercado. Os custos da regulamentação podem levar à falência empresas em atividade e desencorajar novos participantes.

Segundo David Sumpter:

“Desinformação e fake news se tornaram um recurso proeminente em todas as eleições. Hunt e Matthew descobriram que, das pessoas estudadas, apenas 8% acreditaram nas histórias das fake news. Além do mais, as pessoas que acreditavam nessas histórias já tendiam a ter convicções políticas alinhadas à posição das notícias falsas. Não há evidência concreta de que a disseminação de fake news mude o curso de eleições nem que o aumento de bots impactou negativamente a forma pela qual as pessoas discutem política. A maior limitação dos algoritmos utilizados hoje pelo Google, Facebook e Twitter é que eles não entendem devidamente o significado da informação que estamos compartilhando uns com os outros. É exatamente nessa questão, de fazer os algoritmos entenderem sobre o que estamos falando, que todas essas empresas estão trabalhando. O objetivo delas é reduzir suas dependências de moderadores humanos.” (Dominados pelos Números, editora Bertrand Brasil, 2019, pág. 185).

Uma das razões básicas e intuitivas para o interesse nas redes é o constante fluxo de novidades que é apresentado: notícias do mundo, do país, da cidade, da família, curiosidades, fotos, vídeos, boatos - tudo que chega e que tem algum aspecto de ineditismo atrai, naturalmente, a atenção das pessoas. E em um ambiente como a internet, no qual múltiplos elementos competem por tempo e atenção, essa é uma vantagem competitiva significativa. O segundo grande motivo da popularidade desses instrumentos é bem menos óbvia, e está ligado a um aspecto do comportamento humano identificado e estudado pelo psicólogo norte-americano B. F. Skinner (1904-1990): o efeito do reforço, seja ele positivo ou negativo. Ações com consequências negativas para determinado indivíduo não são repetidas, ao passo que ações com consequências positivas tipicamente continuam a ser realizadas.

Mesmo com imposições legais de moderação de conteúdo, há um grande desafio de implementação prática vinculado à linguística. O Facebook, Google e Instagram estão sediadas nos EUA, sendo direcionadas ao público americano. Mas ganharam projeção mundial, tendo que lidar com uma miríade cultural. Em geral, a população de outros países democráticos discorda dos padrões legais americanos de uso das plataformas digitais, tanto no México quanto na Coreia do Sul, e até mesmo no Reino Unido. As pesquisas de opinião indicam que os sul-coreanos, por exemplo, possuem maior exigência de controle governamental em casos de conteúdo danoso em comparação com o público norte-americano. Essa diferença impacta nos diversos idiomas.

As plataformas foram projetadas para a língua inglesa, e seu uso em diferentes idiomas e culturas dificulta a identificação de conteúdo prejudicial conforme os padrões locais. Pode-se citar como exemplo o uso do indonésio, que tem base no idioma malaio e influências de diversos outros idiomas, como o português, sânscrito e persa. Além dos aspectos essencialmente linguísticos, o idioma também tem uma vinculação com a cultura nativa, o que dificulta a moderação.

Pensando nisso, foram estabelecidos em 2018 os "Princípios de Santa Clara", a fim de que sejam levadas em conta a diversidade cultural e os diferentes níveis de moderação de conteúdo exigidos por cada povo. A adaptação à variedade de idiomas e padrões culturais são desafios na moderação de conteúdo que surgiram após a difusão das mídias digitais pelo mundo. E a utilização do metaverso ainda tem o potencial de acirrar o problema, além de trazer mais vulnerabilidade na privacidade dos dados dos usuários.

Atualmente, foram desenvolvidos aplicativos que possibilitam a conversação entre falantes nativos de idiomas distintos. O aplicativo "Speak & Translate", por exemplo, utiliza algoritmos que traduzem até 54 idiomas em conversas ao vivo, comportando 10 idiomas para uso offline. Ele já vem com a funcionalidade de integrar o aplicativo Apple Watch ao icloud.

Paralelamente, os chats de IA são acusados de viés de algoritmo em suas respostas. Os chatbots de IA generativa baseadas em modelos de linguagem grande (LLM) são utilizados para pesquisa e confecção de ensaios. O ChatGPT plus, que roda o GPT-4 LLM, da OpenIA, e o Google bard retornam respostas diferentes para as mesmas perguntas. Alguns apontam que certas combinações de problemas e prompts retornam respostas ideologicamente enviesadas. Há ainda respostas aparentemente verdadeiras, mas que se revelam falsas sob um maior escrutínio.

Bases para regulação legal

Doutrinariamente, poucas obras abordaram diretamente o tema em discussão. A obra “Direito Digital”, de Patrícia Peck Garrido, editada desde 2002 pela editora Saraiva, atualmente na 7ª edição, de 2021, discorre brevemente sobre as mídias sociais e seus impactos (capítulo 8.51) e sobre as fake news (capítulo 11.1).

No entanto, essa carência pode ser suprida pelo uso da analogia com formas tradicionais de comunicação, a fim de aproveitar as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais formadas após décadas de debates.

A esse respeito, Edward H. Levi sentenciou em obra clássica sobre o tema:

“As normas mudam à medida que são aplicadas. Mais importante do que isso, as normas jurídicas originam-se de um processo que as cria para, em seguida, as adequar, ao mesmo tempo que compara situações de fato. Mas este tipo de raciocínio está sujeito a críticas, pois considera iguais coisas que são um tanto diferentes. O raciocínio por comparação de casos, ou seja, por analogia, é uma solução para muitas questões na esfera do direito.” (Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico, escrito por originalmente em 1949, editora Martins Fontes, 2005, pág 7).

Por seu turno, Lloyd L. Weinreb adverte em uma obra recente:

“Mesmo aqueles que aprovaram o uso do argumento analógico no direito, como Edward Levi, no seu estudo clássico, *An Introduction to Legal Reasoning*, consideram-no racionalmente imperfeito. Especialmente o direito - por estar em contato com toda a nossa vida, sendo decisivo na maioria das atividades humanas - tem necessidade de incertezas, inclusive quando aspira a elucidar o seu ponto de vista sobre o bem. A confiança na capacidade humana de refletir e deliberar sobre os fins humanos e sobre como alcançá-los não produz as

verdades da razão abstrata ou da ciência empírica. Não oferece nenhum refúgio contra a dúvida e exige de nós a contínua reavaliação e reconsideração de nossas conclusões, bem como a perpétua atenção à possibilidade de erro. Justamente por tais razões, é essa confiança o caminho mais seguro e menos traiçoeiro para uma ordem social justa." (A Razão Jurídica, editora Martins Fontes, 2008, pág. 135).

Percebe-se que o uso da analogia nem sempre é eficaz, devendo ser conformada à realidade das novas tecnologias. Existe uma ampla gama doutrinária e jurisprudencial sobre a liberdade de expressão na radiodifusão, na TV a cabo por satélite e na internet, consolidada após intensos debates nas últimas décadas. Sua adaptação para Chatbots de IA, redes sociais e metaverso deve levar em conta seus aspectos intrínsecos, para que o recurso à analogia seja cientificamente adequado.

No âmbito da imprensa escrita, ainda prepondera nos EUA o entendimento externado no caso *New York Times v. Sullivan*, julgado pela Suprema Corte em 1964, entendendo-se que figuras públicas devem provar que houve malícia real do veículo de imprensa em casos de difamação, o que não ocorre no caso de mero erro honesto. Esse entendimento ainda é adotado no exercício da liberdade de imprensa no âmbito das redes sociais.

A Suprema Corte dos EUA também analisou recentemente a liberdade de expressão no contexto de conteúdo ofensivo nos casos *Brow v. Associação de Comerciantes de Entretenimento* em 2011, *Estados Unidos v. Stevens* em 2010 e *Snyder v. Phelps* em 2011. Em todos os casos há uma forte inclinação pela liberdade de expressão.

Alexander Meiklejohn também advoga a vinculação entre a liberdade de expressão e a democracia, em uma relação visceral de dependência entre ambas. Por sua vez, Thomas Emerson entende que a liberdade de expressão é uma válvula de segurança para o desabafo da população, evitando atos violentos de revolução.

A despeito disso, a partir do 11/09, muitas leis passaram a controlar o discurso político em diversos países, como EUA, Reino Unido e Austrália. Em 2006 foi aprovada a Lei do Ódio Racial e Religioso do Reino Unido, proibindo a islamofobia. Também a Escócia aprovou a Lei de Crimes de Ódio. Essa vigilância é feita pela Ofcom, a autoridade reguladora e de concorrência nas comunicações do Reino Unido.

A partir daí iniciou-se um debate acerca dos limites da liberdade religiosa, principalmente para saber se ela incluiria críticas a outras religiões ou a condutas humanas específicas. Decorreram então diversas amarras ao discurso público, apesar de uma relativa liberdade no discurso privado.

No âmbito do discurso público, haveria um controle legal, impondo sanções diversas, como multas e prisão. Já no âmbito privado, haveria um controle social, com sanções não institucionalizadas, como o vexame.

O objetivo velado dessa interdição do debate público é impedir as pessoas de terem acesso a opiniões que as deixem desconfortáveis, bloqueando assuntos tidos como politicamente incorretos.

Esse patrulhamento alcança o ambiente estudantil, por meio do controle do discurso nos campi universitários, à semelhança do que ocorria no regime totalitário soviético, tão bem narrado por Hannah Arendt na obra *As Origens do Totalitarismo* (Parte III, Capítulo 4 - Ideologia e Terror: uma nova forma de governo).

Esse movimento pode atingir as sátiras atuais, representadas por memes políticos, que substituíram as tirinhas e as charges dos cartunistas, além das apresentações de *stand up comedy*.

Além da censura tradicional, há formas de censura velada na internet, como o disparo de exércitos de trolls e a inundação (censura reversa), com a disseminação de notícias falsas, pagamento por comentaristas falsos e a implantação de robôs com propaganda contrária.

Algumas organizações listaram discursos que foram censurados pelas empresas de tecnologia, mesmo tendo um conteúdo preciso e útil, tal como a lista feita pela Electronic Frontier Foundation - EFF.

Em 2023, o Twitter aboliu os algoritmos de filtragem de conteúdo, além de demitir 80% de seu quadro de pessoal vinculado à moderação. Em substituição, predominam atualmente propostas de auto-monitoramento na internet, realizadas pelos próprios usuários.

Histórico da liberdade de expressão

A liberdade de expressão no decurso da história acompanha o desenvolvimento das tecnologias de transmissão das ideias e do pensamento. Inicialmente, a fala era o principal veículo de comunicação, como na Roma e Grécia clássicas. O acesso ao discurso público estava essencialmente ligado à condição do falante, a exemplo de ser ou não escravo. Até o século XIV, os livros eram escassos, já que eram escritos à mão. A partir da invenção da imprensa, e a ampla difusão das ideias expostas nos livros, o debate sobre a liberdade de expressão ganhou profundidade.

No ano 364 d.C, tomou posse em Roma os imperadores Valentiniano I e seu irmão. Neste mesmo ano, ambos estavam na capital oriental do império, Constantinopla, para ajustar a divisão do império entre eles. No entanto, os dois adoeceram na cidade. A principal suspeita era de feitiçaria. Assim, aprovaram rapidamente uma lei proibindo rituais religiosos noturnos em todo o império. Nesta época, quem invocasse demônios com encantamentos seria punido com a pena de morte. Segundo o historiador grego Zósimo, um procônsul falou pessoalmente com o imperador alertando que a lei atingiria as práticas religiosas pagãs, tornando insuportável a vida dos helenos. Historiadores modernos dizem que a intervenção do procônsul não foi além de uma breve carta ao imperador, avisando dos efeitos não intencionais da lei. De fato, o imperador cedeu aos apelos, e permitiu uma certa dose de liberdade religiosa aos pagãos.

Oito séculos antes, em 431 a.C, o poeta grego Eurípedes escreveu a peça *Medéia*. Segundo Mário da Gama Kury (*Medéia*, editora Martin Claret, 2004, pág. 13):

“A peça evolui de uma *Medéia* abatida pelo repúdio do marido, esposa traída que definhava no leito e nem sequer levantava os olhos, aparentemente conformada com a sorte, para uma mulher animada por um terrível desejo de vingança e extermínio, que não se detinha sequer no infanticídio, como vindita extrema para aniquilamento total do marido perjuro. Esses sentimentos primitivos eram naturais em uma criatura também primitiva, vinda de uma região bárbara onde imperava a feitiçaria”.

Medéia era colquidiana. Percebe-se dos excertos acima que a prática de feitiçaria impactou a liberdade de expressão durante séculos.

De uma maneira geral, a liberdade de expressão em Roma foi permitida no período republicano. Não se tratava de um direito humano, na concepção moderna, mas uma prerrogativa política, que deveria ser conquistada. No entanto, a exemplo da configuração atual, a importância da liberdade de expressão não se destinava apenas ao emissor, alcançando todo o sistema político. Era permitida até mesmo no interior do exército romano, estendendo-se ao Foro e às associações privadas e artísticas. Nem mesmo no período imperial houve a completa abolição da liberdade de expressão, sendo ela tolerada em alguma medida.

Mary Beard adverte sobre os efeitos que a falta de liberdade de expressão podem ocasionar em uma sociedade explorada, como a romana:

“Tendo em vista o imenso fosso entre os que tinham e os que não tinham no mundo romano, por que não ocorriam mais conflitos? Uma resposta é que talvez grande parte dos conflitos não fossem

registrados, mesmo que na maioria das vezes se tratasse de atos de guerrilha e não de revolta generalizada: ovos pobres atirados contra as cortinas das leiteiras que passavam, mais do que ataques coordenados aos portões do palácio imperial. Os escritores romanos não tinham muitos olhos para os níveis moderados de agitação.” (SPQR - Uma História da Roma Antiga, editora Crítica, 2ª edição, 2020, pág. 461).

Na Grécia, a liberdade de expressão era mais desenvolvida. Na introdução do livro “Atenas: Cidade da Sabedoria”, (traduzido do inglês, editora Apolo, 2021), Bruce Clark discorre:

“As estruturas de mármore cintilantes que coroam a acrópole são admiradas como a sobrevivência mais tangível de uma sociedade onde a humanidade, por assim dizer, ficou de pé. Na compreensão de hoje, a antiga Atenas obriga a respeito como um berço do humanismo. Uma comunidade em que as questões pesadas de guerra e paz, bem como a administração diária de rotina, foram abordadas através da interação de intelectos bem treinados que sabiam avaliar argumentos e tirar conclusões. Com a aprovação, os historiadores modernos observam o que parece ser uma sofisticação emergente e secular na compreensão dos atenienses de sua própria história coletiva: não como um jogo caprichoso atuado por poderes divinos, mas sim como uma interação de motivos humanos que podem ser complexos, mas podem em última análise, ser dissecado e descrito. Os admiradores contemporâneos também amam o fato de Atenas ter leis e instituições bem elaboradas cujo próprio objetivo era transcender as vicissitudes pessoais de indivíduos inteligentes e ambiciosos e os caprichos de divindades ciumentos e, em vez disso, servem ao amplo interesse público de uma maneira consistente.”

De seu turno, Anthony Everitt pondera:

“De fato, havia uma dissensão aguda na cidade, mas não entre os sexos. A briga era entre classes. Os aristocratas da cidade haviam tolerado a democracia, porém não gostavam dela, apesar de muitos terem sido eleitos gerais e funcionários do governo. Ainda acreditavam em sua primazia hereditária, o que Píndaro chamava de ‘esplendor que corre no sangue’”. (A Ascensão de Atenas, editora Crítica, 2016, pág. 340).

A esse respeito, o testemunho de Tucídides é esclarecedor:

“Os quatrocentos mandaram também dez homens a Samos para tranquilizar as tropas estacionadas lá, e explicar que a oligarquia havia sido instaurada não para prejudicar a cidade ou os cidadãos, mas para a salvação geral; deveriam explicar igualmente que o poder estava nas mãos de cinco mil pessoas, e não de apenas quatrocentas, e que os atenienses, incorporados aos exércitos e em atividade além de suas fronteiras, jamais haviam podido reunir-se em assembleia com a presença de cinco mil cidadãos para deliberar sobre qualquer assunto, por mais importante que fosse. (História da Guerra do Peloponeso, editora Universidade de Brasília, 1987, pág. 517).

Mais à frente, ele relata:

“De qualquer modo, após a notícia da derrota, os atenienses, apesar de suas dificuldades, mandaram tripular doze naus e convocaram reuniões da assembleia. Nessa reunião foram depostos os Quatrocentos, foi decidida a entrega do governo aos Cinco Mil e resolveu-se que ninguém receberia salários pelo exercício de qualquer cargo público, sob pena de maldição para os transgressores. A assembleia voltou a realizar reuniões frequentes, nas quais foi aprovada a nomeação de supervisores das leis e foram votadas outras medidas de caráter político. Nos primeiros tempos desse período os atenienses parecem ter sido melhor governados do que em qualquer outra época, pelo menos no meu tempo; com efeito, houve um equilíbrio razoável entre a aristocracia e o povo, e isto foi um fato preponderante na recuperação da cidade. (História da Guerra do Peloponeso, editora Universidade de Brasília, 1987, pág. 535).

Como visto, até o século XIV os escribas não tinham censura, já que suas obras possuíam pouco alcance. Com o surgimento da imprensa, começaram a surgir as listas de livros proibidos, como o *Index Librorum Prohibitorum*, que vigoraram nos séculos XV e XVI.

Em paralelo, os governos europeus controlavam as impressoras, que necessitavam de uma licença oficial para imprimir livros e jornais.

A reação à censura iniciou no século XVI, com o surgimento de reivindicações por maior liberdade de expressão, como a realizada por Edward Coke em 1590. Antes dele, o teólogo holandês Dirck Coornhert, que viveu entre 1522 e 1590, defendeu arduamente a liberdade de expressão e de imprensa.

Na Inglaterra, a Declaração de Direitos de 1689 previu o privilégio parlamentar, com liberdade de expressão a seus membros. Mas só em 1766 adveio o primeiro regulamento da liberdade de imprensa, na Suécia. Seguiu-se o art. 11 da declaração francesa de 1789 e a primeira emenda à Constituição dos EUA de 1791.

Modernamente, a liberdade de expressão foi prevista no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que utilizou a expressão “independentemente de fronteiras”, a fim de lhe conferir um caráter universal. O art. 19 do PIDCP de 1967 tornou cogente a liberdade de expressão, mas com uma redação distinta, que ressalta a responsabilidade pelos danos causados. Idêntico direito foi previsto nos tratados regionais, como o art. 16 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o art. 9º da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

No meio desse processo histórico destacam-se os seguintes acontecimentos: as 95 teses de Lutero, em 1517, a Revolta Holandesa, em 1568, a Guerra Civil Inglesa, em 1642, e as revoluções inglesa, americana e francesa em 1688, 1776 e 1789, respectivamente.

A Guerra Civil Inglesa durou um total de sete anos, sendo dividida em dois conflitos. Na época, o poder do rei era absolutista, e contestá-lo era um sacrilégio punido com a pena de morte. Após as duas guerras, o governo foi repartido com o parlamento, que indicava o primeiro-ministro, tendo sido conferida maior liberdade de expressão a seus membros. O comandante da guerra civil do lado do parlamento, Oliver Cromwell, é atualmente visto tanto como um herói da liberdade por alguns, quanto um genocida de católicos por outros.

Por sua vez, a Revolução Holandesa durou oitenta anos, e teve reflexos na América. Com a União Ibérica e o enfraquecimento espanhol, as possessões portuguesas ficaram desprotegidas aos ataques holandeses, o que resultou na invasão do nordeste do Brasil em 1624.

Em 1689, John Locke escreveu:

“Uma tal liberdade em relação ao poder absoluto e arbitrário é tão necessária à preservação do homem e lhe é tão intimamente ligada, que não é dado ao homem dela se desfazer a não ser que perca juntamente a preservação e a própria vida.” (Segundo Tratado Sobre o Governo, editora Martin Claret, 2002, pág. 35).

Discorrendo sobre a Subordinação dos Poderes da Comunidade (capítulo XIII), Locke ponderou:

“Por isso, a comunidade sempre conserva o poder supremo de se salvar contra os maus propósitos e atentados de quem quer que seja, até dos legisladores, quando se mostrarem levianos ou maldosos para tramar contra a liberdade e propriedades dos cidadãos. (Segundo Tratado Sobre o Governo, editora Martin Claret, 2002, pág. 109).

Já na visão moderna do historiador Martin Gilbert:

“Quando começou o ano de 1999, último ano do século, havia lugares onde o verniz da civilização se mostrava muito tênue. A expansão da internet na China deu esperança à primeira oposição do país por mais de meio século, o Partido Democrático da China. Mas, em 26 de fevereiro, as autoridades comunistas prenderam seu jovem fundador, Wang Yingzheng, de 19 anos, enquanto tirava uma fotocópia de um artigo que escrevera sobre a corrupção no Partido Comunista. Ele foi acusado de tentar subverter o poder do Estado. Em 10 de junho um ex-funcionário público, Fang Jue, que distribuiu um manifesto pró-democracia, foi sentenciado a quatro anos de prisão. No Irã, assim como na China, um regime repressivo se confrontou com o desafio da internet, da televisão por satélite e do aparelho de fax. No governo do presidente Khatami, a conciliação com o ocidente havia começado. Em entrevista com John Simpson, da BBC, Esmail Khoi, poeta iraniano que vivia exilado em Londres, apontou para o aparelho de fax que usava ao enviar seus poemas para o Irã e comentou: ‘É dessa forma que o Irã vai acabar mudando’”. (A História do Século XX, editora Crítica, 2016, pp. 710-714).

Na análise do tema à luz da antropologia jurídica, Norbert Rouland pondera:

“O pensamento tradicional chinês não conhece o conceito de minoria étnica. Pertencer ao gênero humano dos não-han é impossível, mas o critério de diferenciação, como na antiguidade greco-romana, é mais cultural do que étnico. Aliás, em 1949, os comunistas fundam não uma União das Repúblicas Soviéticas da China, mas um Estado unificado, sob a direção da nação han. O regime comunista sempre buscou assimilar as outras etnias. A partir de 1958 e do Grande Salto para frente, o poder decide acelerar o ritmo. Os hans vão conduzir o resto da população ao socialismo fazendo as minorias renunciar às suas tradições e religiões, que constituem um obstáculo ao progresso. Em 22 de agosto de 1958, o Diário do Povo tropeja: Não há mais Deus no céu do que fadas na terra. São os povos em pé que são os deuses e

as fadas. Temos a direção do Partido. Podemos sustentar os céus com uma única mão. Os cereais cultivados pelas mulheres não serão comidos por budas”. Os sucessores de Mao mostrarão menos pressa, e a Constituição de 1982 concede garantias às minorias. Mas o objetivo de assimilação permanece, como bem sabem os tibetanos. (Nos Confins do Direito, Norbert Rouland, editora Martins Fontes, 2008, pág. 309).

Discorrendo sobre a dificuldade de processar dados, armazená-los e descartá-los com o tempo, Vaclav Smil sentencia: “A biblioteca de senadores ricos na Roma imperial abrigava centenas de rolos, e um acervo grande continha pelo menos 100 megabytes. No ano 2000, todos os livros da biblioteca do Congresso americano continham mais de 10 terabytes. Em 2016, a taxa anual de criação de dados ultrapassou os 16 zettabytes, e, em 2025, espera-se que esse valor suba mais uma ordem de grandeza, na casa de yottabytes”. (Os Números Não Mentem, editora Intrínseca, 2020, pág. 155). O autor lembra, contudo, que há uma grande diferença entre esse excesso de informação e o conhecimento que pode ser dele extraído.

Segundo Jane Burbank e Frederick Cooper:

“O crescimento da imprensa aliado à defesa dos direitos civis e a maiores índices de alfabetização permitiu que diversos ativistas conquistassem eleitores fora do âmbito do Estado ou das elites cosmopolitas. O antissemitismo que se desenvolveu em diferentes partes da Europa no século XIX não refletia a força do nacionalismo excludente, mas sim suas inseguranças. A imagem difundida no livro ‘Os Protocolos dos Sábios de Sião’, uma falsificação produzida na Rússia no início do século XX, era caracteristicamente imperial: judeus pretendiam governar o mundo”. (Impérios: Uma Nova Versão da História Universal, editora Crítica, 2019, pág. 469).

Mais à frente os autores arrematam:

“O mundo dos impérios não foi substituído por um mundo estável e de bom funcionamento de Estados-nações. Muitos conflitos sangrentos e desestabilizadores em Ruanda, no Iraque, em Israel, na Palestina, no Afeganistão, na ex-Iugoslávia, no Sri Lanka, no Congo, no Cáucaso e em outros lugares foram causados pela ausência de alternativas viáveis aos regimes imperiais. Os Estados criados nos territórios das antigas colônias não conseguiram alcançar muitos dos objetivos estipulados no momento de sua independência.” (Impérios:

Uma Nova Versão da História Universal, editora Crítica, 2019, pág. 567).

Com base nos escritos de John Stuart Mill, e mais modernamente, de Joel Feinberg, operou-se uma distinção entre os princípios da ofensa e do dano, para fundamentar restrições à liberdade de expressão. Vários critérios foram elaborados para essa distinção, como a intensidade da ofensa e interesse geral da comunidade pela informação. Atualmente, essa distinção caiu em desuso, havendo um consenso de que a restrição deve ser a mínima possível para uma convivência harmoniosa.

Não obstante, há grandes diferenças de tratamento entre regiões distintas do globo, e mesmo dentro de uma mesma região. No tocante à blasfêmia, por exemplo, a Áustria proíbe críticas a Maomé, ao passo que essas críticas são livres na França. Leis que proíbem a negação do holocausto foram aprovadas em países como Portugal, Polônia e Rússia. Leis idênticas de outros países também proíbem a negação do genocídio armênio.

No histórico dessa distinção de tratamento, é emblemático o caso do romance "O Amante de Lady Chatterley", de 1928. A obra foi proibida em quase todo o mundo, tanto nos EUA e Canadá, quanto no Reino Unido, Índia e Austrália. A impressão do livro só foi autorizada na década de 1960, após históricas decisões judiciais que a liberaram. No entanto, na França, que exibiu uma tradição de liberdade literária, o livro circulava livremente desde seu lançamento. Até mesmo a obra "Ulysses", de James Joyce, já circulava no país desde 1920.

Nos tempos atuais, a censura como um instituto regular existe em países de todas as regiões do mundo, desde Cuba, na América Latina, Arábia Saudita, na península arábica, e Vietnã, no sudeste asiático.

No entanto, a censura em casos pontuais tem despontado em vários países nos últimos anos, tanto na América do Sul, a exemplo de Venezuela, Colômbia, Argentina e Brasil, como na América do Norte, a exemplo do Canadá, além de países europeus antes vistos como baluartes da liberdade e democracia, a exemplo da Inglaterra e Alemanha.

Segundo Ian Bremer:

"Em geral, aqueles que dirigem um Estado autoritário têm mais medo de seu próprio povo do que de outros governos ou seus militares. A primeira preocupação desses Estados é com a ordem interna, e sua meta básica é reforçar o poder do Estado. As preocupações com as relações com outros Estados são importantes, mas secundárias. Além disso, esses governos têm mais condições de utilizar o protecionismo porque estão menos dispostos a enfrentar partidos políticos rivais,

tribunais ou uma imprensa independente que possa impedi-los de fazer o que querem.” (O Fim do Livre Mercado, editora Saraiva, 2011, pág. 157).

China e EUA são casos especiais de análise, uma vez que se diferem bastante no tratamento do tema, estando ambos em lados opostos no espectro da liberdade de expressão.

A Suprema Corte Americana decidiu no caso *Brandenburg v. Ohio*, de 1969, que a liberdade de expressão da primeira emenda alberga a defesa do uso da força ou da violação da lei, desde que não incite uma ação ilegal iminente, descartando assim a doutrina do “perigo claro e presente” formada no julgamento do caso *Whitney v. Califórnia*. A corte também liberou o discurso de ódio no caso *R.A.V v. City of St. Paul*, julgado em 1992, com a condição de que não incite a violência iminente. Por fim, no julgamento do caso *Reno v. ACLU*, de 1997, a Suprema Corte anulou partes da Lei de Comunicação Decente, de 1996, que proibia a pornografia na internet.

Conforme constou no julgamento do caso *Reno v. ACLU*, o sucesso da internet se deve ao caos que ela é. Seus idealizadores tinham em mente justamente um ambiente livre de regras. Nos últimos anos, a internet passou por um profundo processo de mercantilização da informação, com dados monetizados. Em 2003, foi aprovada a Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação (CMSI), ressaltando a liberdade de expressão na rede.

História da liberdade de expressão no Brasil

Mapas medievais do século XIV, como um planisfério de 1324, contém a “Ilha Brasil”, localizada a oeste da Irlanda. O termo “Brasil” deriva da língua celta, com a raiz “bres”, que significa sortudo. No imaginário do povo celta, a “Ilha Brasil” seria um ilha da felicidade, que se distanciava no horizonte à medida que os navegadores se aproximavam dela, à semelhança de um arco-íris.

No entanto, havia uma confusão com o termo “brasileiro”, utilizado pelos portugueses para designar o comerciante de pau-brasil, tal como “baleeiro” designava o comerciante de óleo de baleia. A origem celta do termo Brasil ainda é a mais aceita entre os historiadores.

A liberdade de expressão no Brasil começou no movimento quinhentista. O jesuíta Manoel da Nóbrega foi o mais destacado bandeirante de Deus no Brasil, segundo o declarou o Papa João XXIII. Ele escreveu o livro “Caso de Consciência Para a Liberdade dos Índios” em 1567, além de muitas cartas. Ele defendeu a liberdade dos nativos numa época

em que predominava a escravidão dos índios, apesar de ter diminuído o ímpeto pela causa com o passar dos anos.

No âmbito das grandes navegações, surgiu o mito da “Escola de Sagres”, que teria funcionado na região de Algarve, em Portugal, uma escola náutica que ensinava cartografia, geografia e astronomia. Sua existência é defendida principalmente por historiadores ingleses.

Na época do barroco, destacou-se o poeta Gregório de Matos. Ele foi perseguido por suas poesias satíricas e eróticas. Tinha como alvo as diversas classes sociais da Bahia, tanto populares quanto nobres. Em 1685, o promotor eclesiástico de Salvador o denunciou ao tribunal da inquisição por não tirar o barrete da cabeça ao passar por procissões. Também o denunciou pelo conteúdo de seus escritos. Essas denúncias, contudo, não tiveram seguimento. No entanto, por conta de sua poesia satírica ele foi expulso da Bahia para Portugal. Suas sátiras contra os governantes portugueses também lhe renderam nova expulsão daquele país. Ele foi degredado para Angola, na África. Por fim, foi aceito em Recife, onde faleceu de uma febre adquirida em terras africanas.

No âmbito da América do Sul, Marie Arana arremata:

“Em Washington, no dia de Ano-Novo de 1825, Henry Clay pôs-se de pé em uma jantar em homenagem a Lafayette com as presenças do presidente Monroe, de John Quincy Adams e do senador Andrew Jackson e propôs um brinde ao general Simón Bolívar, o George Washington da América do Sul. Era justamente o tipo de saudação pelo qual Bolívar esperava do mundo anglófono. As proezas os justificavam. Nem Alexandre, nem Aníbal, nem mesmo Júlio César haviam combatido ao longo de um território tão vasto e inóspito. As vitórias de Carlos Magno teriam de ter dobrado para igualar as dele. Em seu empenho para constituir um império, Napoleão percorrera menos terreno do que Bolívar em sua luta para conquistar a liberdade. A libertação da América do Sul geraria uma nova ordem mundial. Ao banir a Espanha das terras americanas, os revolucionários comprovaram a incompatibilidade fundamental entre a América e a Europa, traçando uma indelével divisória entre a visão de mundo conservadora da Europa e seu oposto radical: entre monarquias antigas e um viçoso ideal democrático.” (Bolívar: O libertador da América, editora Três Estrelas, 2015, pág. 347).

No Brasil, a liberdade de pensamento foi prevista desde a Constituição Imperial de 1824, perdurando até a Constituição de 1937, que implantou o Estado Novo. No entanto, durante o reinado de Dom Pedro I, a imprensa foi duramente atacada, ainda em fins da

década de 1820. Já durante o reinado de Dom Pedro II, que perdurou por 60 anos, a liberdade de imprensa ganhou novo impulso. Segundo Joaquim Nabuco, um ex-monarquista, a liberdade de imprensa no Brasil neste período causava estranheza aos diplomatas europeus, acostumados a ver seus conterrâneos processados por alta traição em virtude de críticas bem menos ácidas aos seus governantes.

Mesmo antes da implantação do Estado Novo, no governo de Washington Luís, em 1927, foi instituída a Lei Celerada, que permitia o fechamento de jornais por “delitos ideológicos”.

De seu turno, no início do século XX, Anita Malfatti, recém-chegada ao Brasil após seus estudos na Europa, tentou desconstruir o que se pensava por arte até o momento no país, trazendo movimentos modernos, como expressionismo, surrealismo, cubismo, dadaísmo e fauvismo, buscando suplantar os movimentos classicistas, como parnasianismo e simbolismo. A reação conservadora não tardou. Em 1917, Monteiro Lobato escreveu um artigo no jornal O Estado de São Paulo, na seção Artes e Artistas, com o título “A Propósito da Exposição de Malfatti”, também conhecido como “Paranóia ou Mistificação?”, onde ele divide os artistas em duas espécies: os que fazem “arte pura”, como Rembrandt, e os modernistas, que ele compara a estrelas cadentes, que brilham um instante, as mais das vezes com a luz do escândalo, e somem-se logo nas trevas do esquecimento. O artigo de Lobato causou grande repercussão, tendo resultado na Semana de Arte Moderna de 1922, como uma reação dos modernistas Mário de Andrade e Oswald de Andrade. Monteiro Lobato também foi expulso do movimento. Por conta das críticas, Anita Malfatti sofreu de depressão e tornou-se próxima a Tarsila do Amaral.

Durante o período da última ditadura militar, vigorou a chamada prosa política, a fim de driblar a censura, por meio de romances-reportagem e do realismo fantástico, albergando denúncias diretas e indiretas.

Doutrina sobre a liberdade de expressão

No âmbito da doutrina estrangeira, Erwin Chemerinsky discorreu sobre a regulação da liberdade de expressão, apontando a distinção entre leis baseadas em conteúdo e leis neutras em conteúdo (*in Constitucional Law*, Aspen Publishing, 7ª edição, 2023, Capítulo 11.2.1).

De seu turno, Dennis Baron é um especialista em Direito Linguístico. Dentre os objetos de estudo desse ramo do saber está a Linguística Forense, com análise da estrutura linguística de interrogatórios policiais e judiciais. No Livro “Você Nem Sempre Pode Dizer o Que Quer: O Paradoxo da Liberdade de Expressão” (na tradução do inglês, editora Cambridge University Press, 2023), o autor discorre sobre o paradoxo da liberdade de

expressão, tendo em conta o fato de oradores poderosos estarem usando a lei para silenciar oradores menores que a eles se opõe. Neste livro o autor aborda o controle legal da linguagem. O autor também discorre sobre o controle social da linguagem em outras obras. Ele cita a declaração do juiz Wendell Holmes Jr. proferida em um julgamento da Suprema Corte em 1919, segundo o qual a primeira emenda não funcionaria para alguém que enganosamente gritasse fogo em um teatro lotado, com o único intuito de causar tumulto. No livro o autor também alude à Lei de Sedição de 1918, que criminaliza as críticas à participação dos EUA na Primeira Guerra Mundial, tendo havido condenações de ativistas com base nessa lei a penas de até 10 anos de prisão.

Por sua vez, o livro “Independentemente de Fronteiras: Liberdade de Expressão Global em um Mundo Conturbado” (traduzido do inglês, editora Columbia University Press, 2021) editado por Lee C. Bollinger e Agnès Callamard, inclui ensaios para uma doutrina internacional sobre a liberdade de expressão, bem como o impacto da globalização no exercício desse direito. No ensaio de Frederico Schauer, há uma extensão do tema, antes centrado exclusivamente na jurisdição americana, para o plano internacional. Segundo sua visão, um viés comparativo da liberdade de expressão em âmbito global deve situar a questão no contexto histórico de cada nação, como a experiência totalitária na Alemanha, o apartheid na África do Sul, e os contextos específicos de Singapura, Hong Kong e França, por exemplo.

Já no âmbito da doutrina pátria, destacam-se visões tradicionais, vinculadas ao exercício da liberdade de imprensa. Segundo o Ministro Ayres Brito, no julgamento da ADPF 130 em 2009:

“Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob a tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet, não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.” (A Constituição e o Supremo, 4ª edição, 2011, pág. 1.945).

Discorrendo sobre a liberdade de expressão, Paulo Gustavo Gonet Branco sintetiza os principais pontos sobre a questão:

“A liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos. A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura. Não é o Estado que

deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. A lei que, pretextando um objetivo neutro do ponto de vista ideológico, oculte o propósito dissimulado e primordial de impedir a veiculação de ideias, não estará, obviamente, imune à declaração de inconstitucionalidade. A diferença entre uma discussão robusta e uma diatribe repelida pela Constituição está em que, no primeiro caso, há chance e oportunidade de se corrigirem os erros do discurso, expondo a sua falsidade e as suas falácias, evitando o mal por meio de um processo educativo. Nesses casos, o remédio seria mais liberdade de expressão, mais discurso. Se se cobra responsabilidade do jornalista, traduzida em diligência na apuração da verdade, tal requerimento não pode, decerto, ser levado a extremos, sob pena de se inviabilizar o trabalho noticioso. De toda sorte, a latitude de tolerância para com o erro factual varia conforme a cultura e a história de cada país. Não quer isso dizer que apenas notícias agradáveis sejam lícitas. A informação sobre o personagem de um evento pode-lhe ser ofensiva e não haverá ilicitude, desde que os termos empregados sejam condizentes com o intuito de informar assunto de interesse público. A charge política suscita, por vezes, questões interessantes, em que se há de ponderar a liberdade de expressão com a proteção da honra. Essa modalidade de jornalismo, em geral, não costuma agradar ao retratado. Tem sido, entretanto, admitida, em princípio, como lícita manifestação da liberdade de expressão. Ao intuito de crítica pelo riso, é ínsita a forma jocosa. A latitude de tolerância, aqui, depende, novamente, do sentimento geral da sociedade com relação à crítica, às vezes mordaz, que peculiariza a charge. Num ponto há acordo: não é viável a censura por parte de órgão da Administração Pública. A discussão está, antes, em saber se é dado ao juiz proibir uma matéria jornalística, num caso concreto de conflito entre direitos fundamentais – o de informar em atrito com o da imagem, por exemplo.” (Curso de Direito Constitucional, Saraivajur, 16ª edição, 2021).

De sua parte, Uadi Lammêgo Bulos esclarece:

“A liberdade de expressão, quando exercida nos parâmetros constitucionais, representa uma salvaguarda para o regime democrático. É o caso do direito de crítica jornalística, que está imune a todo tipo de restrição, inclusive por parte dos Poderes Públicos. O

Judiciário, por exemplo, não pode impor, segundo convicções próprias do magistrado, cerceamentos a comentários jornalísticos de natureza política, sociológica, filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento.” (Curso de Direito Constitucional, 12ª Edição, Saraivajur, 2019, pág. 591).

No magistério de José Afonso da Silva:

“A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; e independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros. O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes. (Curso de Direito Constitucional Positivo, editora Malheiros, 30ª edição, 2008, pág. 109).

O mesmo autor pondera mais à frente na mesma obra:

“A constituição opta, pois, pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos. Optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. O caráter pluralista da sociedade se traduz, no constitucionalismo ocidental, como nota André Hauriou, pelo pluralismo das opiniões entre os cidadãos, a liberdade de reunião onde as opiniões não ortodoxas podem ser publicamente sustentadas (somente a passagem às ações contrárias à ordem pública são vedadas); a liberdade de associação e o pluralismo dos partidos políticos, o pluralismo das candidaturas e o pluralismo dos grupos parlamentares com assento nos bancos das Assembleias. É imprescindível, contudo,

notar que uma sociedade pluralista conduz à poliarquia, conforme ressalta Burdeau com as seguintes palavras: Politicamente a realidade do pluralismo de fato conduz à poliarquia, ou seja, a um regime onde a dispersão do Poder numa multiplicidade de grupos é tal que o sistema político não pode funcionar senão por uma negociação constante entre os líderes desses grupos.” (Curso de Direito Constitucional Positivo, editora Malheiros, 30º edição, 2008, pág. 143).

Por fim, discorrendo sobre a liberdade de pensamento e opinião, em confronto com a liberdade de expressão, o autor arremata:

“Nesses termos, ela se caracteriza como a exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente. É que, no seu sentido interno, como pura consciência, como pura crença, mera opinião, a liberdade de pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior. Pimenta Bueno já dizia que a liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não manifesta exteriormente, enquanto o não comunica, está fora de todo poder social, até então é do domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus. O homem porém não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas ideias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade. A liberdade de opinião trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, que seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro.” (Curso de Direito Constitucional Positivo, editora Malheiros, 30º edição, 2008, pág. 241).

James Marshall escreveu o clássico livro “Espadas e Símbolos”. Na orelha do livro da edição brasileira consta que a obra passa pelas ditaduras comunista e nazista, quando a igreja católica e os pastores evangélicos se insurgiram contra as pretensões dos ditadores, narrando a matança de milhões de rebanhos na Rússia, que foi a resposta inequívoca dos camponeses à coletivização, bem como o governo de Mao Tse Tung, que foi obrigado a diminuir o ritmo de seu grande salto para frente, também diante da resistência camponesa.

Nas palavras de Marshall:

“As armas políticas são de três espécies e cada uma delas tem usos positivos e negativos. Existe, primeiramente, a força física, a mais primitiva e básica de todas as armas. Depois, há o poder econômico. Em terceiro lugar, existe a propaganda ou uso do poder psicológico. Em algumas fases, esta terceira arma repousa na aplicação potencial da força física ou do poder econômico.” (Espadas e Símbolos, editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 23).

O autor prossegue:

“No campo da ação política, não existe nada de sacrossanto sobre o direito, exceto o que a propaganda faz dele. É antes uma série de pronunciamentos, como a mão no cassetete ou acompanhado pelo ruído das chaves de prisão, pois o direito do soberano é o direito positivo.” (Espadas e Símbolos, editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 48).

Mais à frente na mesma obra ele pontua:

“De qualquer maneira, a liberdade, como foi desenvolvida pelos livre-arbitristas do século XVIII, envolvia o reconhecimento, pelo soberano, de poderes específicos, que armavam a oposição (que deu armas políticas, usadas às revoluções dos comerciantes, artesãos, e pequenos proprietários de terra na Inglaterra, França e América), tais como a liberdade de falar e a de imprensa, o direito de reunião e de petição e outros direitos chamados “direitos civis”. O argumento para tais liberdades é admiravelmente fornecido por James Madison, um dos grandes estadistas revolucionários, em O Federalista: A liberdade está para a facção assim como o ar está para o fogo, alimento sem o qual, este, instantaneamente, expira. Mas não seria loucura menor abolir a liberdade, essencial à vida política, que alimenta a facção, do que seria desejar o aniquilamento do ar, que é essencial à vida animal, porque fornece ao fogo sua capacidade destruidora”. Mas esta liberdade, que era o ar que fazia a classe média e as primeiras fases do industrialismo prosperarem, não conduz ao poder soberano concentrado; assim, ditadores de cada classe e casta preferem abolir o ‘ar’, em troca de aço e armas.” (Espadas e Símbolos, editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 78).

Por fim, o autor arremata:

“É através desse processo de interpretação, de dar sentidos novos a velhas frases, que os conceitos morais são prontamente introduzidos na ideologia do grupo soberano e na tessitura do seu direito. Quando o processo judicial não consegue satisfazer às necessidades de um interesse, suficientemente articulado para ser respeitado, recorre-se à ação mais drástica da legislação para declarar a norma, que o soberano fará cumprir. Não é qualquer conceito a priori do bem ou mal que precipita a inovação legal. A norma moral torna-se norma legal, nas palavras de Duguit, quando a reação social produzida pela violação da norma se torna bastante enérgica e definida para receber, do costume ou da lei escrita, uma concretização mais ou menos completa. A mudança no direito é a resultante de conflito político ou, para citar Berolzheimer, é o resultado de uma luta e a vitória de uma parte da comunidade sobre a outra.” (Espadas e Símbolos, editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 114).

Na arguta visão de H. L. A. Hart:

“Encontram-se exemplos claros de limitações substantivas em constituições federais como as dos Estados Unidos ou da Austrália, onde a divisão de poderes entre o governo central e os estados-membros, e também certos direitos individuais, não podem ser alterados pelos processos legislativos habituais. Nesses casos, a edição de uma lei, tanto do poder legislativo federal quando do local, que vise alterar ou seja incompatível com a divisão federal de poderes ou com os direitos individuais protegidos dessa forma, está sujeita a ser tratada como ultra vires e ser declarada juridicamente nula pelos tribunais na mesma medida em que for contrária às disposições constitucionais.” (O Conceito de Direito, editora Martins Fontes, 2018, pág. 94).

Na mesma obra, mas no pós-escrito mais recente, ele pondera:

“É importante observar que o poder de criar o direito que atribuo aos juízes, para habilitá-los a regulamentar os casos que o direito deixa parcialmente não regulamentados, é diferente daquele de um poder legislativo: não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações que restringem sua escolha, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, com são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para

introduzir reformas amplas ou novos códigos legais. Assim, seus poderes são intersticiais, além de sujeitos a muitas restrições substantivas.” (O Conceito de Direito, editora Martins Fontes, 2018, pág. 352).

O debate sobre a regulação das mídias digitais não pode estar apartado das consequências para a livre concorrência na difusão de ideias e pensamentos. Afinal, a liberdade de expressão como um direito abstrato possui pouca valia, se não forem dados os meios para o seu exercício. Daí decorre que a liberdade de expressão é dependente da livre iniciativa e da livre concorrência no setor de comunicação. A livre iniciativa também pode ser duramente atingida por uma regulação intensa. A esse respeito, a Constituição Federal, no art. 220, § 5º, proíbe que os meios de comunicação social sejam controlados, direta ou indiretamente, por monopólio ou por oligopólio.

Em reforço, segundo destaca Márcio Iorio Aranha:

“Ao constitucionalizar o rol de princípios de caráter social do art. 221, o constituinte de 1988 reconheceu que a clássica afirmação do mercado de ideias é igualmente vítima do mau uso do bem público por empresas monopolísticas e oligopolísticas. (Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, 2014, pág. 2.051).

O livro “Ensaio em Law & Economics”, organizado por Luiz Nelson Porto Araújo e Rodrigo V. Dufloth, conta com texto de Luciana Yeung sobre o consequencialismo. Nas conclusões de seu ensaio, ela arremata:

“Concluimos por reafirmar que as decisões judiciais e as normas jurídicas importam e geram fortes consequências e externalidades. Isso quer dizer que elas geram impactos incomensuráveis, e muitas vezes, não previstas: aqueles que a lei e o magistrado intencionou proteger acaba por ser o mais prejudicado, sem contar com os efeitos lesivos para toda a sociedade. Não basta que as normas jurídicas e as decisões judiciais sejam baseadas em princípios nobres; é mister que seus efeitos de longo prazo e amplitude geral sejam efetivamente positivos em sua integralidade. A pergunta que se coloca é: afinal o que se deseja de fato para o Brasil? Optar por olhar somente para a beleza das normas jurídicas? Ou avaliar os impactos reais para nossos trabalhadores, nossos cidadãos e nossa sociedade como um todo em busca de melhores resultados sociais para todos?” (Ensaio em Law & Economics, editora LiberArs, 2019, pág. 190).

Uma legislação que regule a intervenção do estado nas mídias digitais deve obedecer a todos os parâmetros modernos elencados pela doutrina. Acerca da moderna concepção de intervenção do estado por meio do poder de polícia, José Vicente Santos de Mendonça discorre:

“O ‘princípio’ do pragmatismo jurídico opera ao impor à autoridade administrativa a obrigação da adoção de medidas de polícia fundadas na realização de propósitos de interesse público justificáveis à luz de todos os seus standards de incidência, isto é, à luz (1) de sua inclusão nos sentidos textuais possíveis da Constituição, (2) de sua compatibilidade material com a Constituição, (3) de tais propósitos serem os mais eficientes (entre opções semelhantes) para a obtenção de maior bem-estar social geral, (4) de a produção de tais consequências mais eficientes ser certa ou, no mínimo, bastante provável (do contrário não se justificaria a restrição aos direitos fundamentais), (5) de tais consequências positivas justificadoras da polícia ocorrerem simultaneamente a seu exercício ou, no máximo, num futuro próximo, (6) do fato de as alegadas razões de interesse público para o exercício da polícia estarem baseadas em razoável base empírica, (7) de tais razões de interesse público não se basearem em alegações fundacionais (dogmas, pressuposições acríticas, ‘verdades’), (8) de as justificativas para o exercício da polícia serem contextuais às circunstâncias de seu exercício.” (Direito Constitucional Econômico, editora Fórum, 2ª edição, 2018).

No seu repertório jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal possui julgados que servem de guia para trilhar o tortuoso caminho da ponderação de interesses. Como exemplo, a Corte realizou um balanceamento entre a proteção dos infantes e a liberdade de comunicação e de expressão, decidindo que a classificação dos programas seja indicativa, com o controle realizado pelos próprios pais, e não pelo Estado de forma coercitiva.

Os aportes acima sustentam que a sociedade não pode abrir mão de um direito conquistado a duras penas no decorrer de muitas lutas históricas. A esse respeito, Rudolf Von Ilhering expunha sua inquietação nestes termos:

“Foi com essa concepção sobre a origem do direito que saí da universidade, e por muitos anos fiquei sujeito às suas influências. Não podemos deixar de reconhecer que, tal qual a língua, também o direito realiza uma evolução involuntária e inconsciente, ou, para usar

uma expressão tradicional, uma evolução orgânica, que se processa de dentro para fora. No entanto, o poder desses dois fatores, ou seja, dos atos jurídicos e da ciência, é limitado. Sempre que o direito existente esteja defendido pelo direito novo terá de travar uma luta para impor-se, uma luta que muitas vezes dura séculos e cuja intensidade se torna maior quando os interesses constituídos se tenham corporificado em forma de direitos adquiridos. Sempre que isso acontece, cada uma das partes que se defrontam ostenta em seus estandartes a divisa da majestade do direito. Uma invoca o direito histórico, o direito do passado, e a outra, o direito sempre em formação e constantemente rejuvenescido, o direito inato da humanidade à contínua renovação. Encontramo-nos diante de um conflito intrínseco, contido na própria ideia do direito. E esse conflito assume proporções trágicas para aqueles que, depois de ter empenhado todas as suas forças e todo o seu ser em prol de uma convicção, veem-se condenados pelo julgamento supremo da história. Todas as grandes conquistas da história do direito, como a abolição da escravatura e da servidão, a livre aquisição da propriedade territorial, a liberdade de profissão e de consciência, só puderam ser alcançadas através de séculos de lutas intensas e ininterruptas. O caminho percorrido pelo direito em busca de tais conquistas muitas vezes está assinalado por torrentes de sangue, sempre pelos direitos subjetivos pisoteados. (A Luta pelo Direito, editora Martin Claret, 2002, pág. 31).

Da mesma forma, Humberto Ávila faz uma observação cirúrgica:

“É indispensável, nesse tocante, que o Direito seja igual para todos. Mas não basta que seja substancialmente igual para todos se aquilo que prevê em abstrato não é aplicado de maneira uniforme a todos que se encontrem na mesma situação concreta. Desse modo, além de igual em seu conteúdo, deve o Direito ser também igual em sua aplicação. Por isso é que a Constituição preconiza igualdade tanto na lei quanto perante a lei. É também por isso que ela determina seja sua aplicação executada com isenção, imparcialidade e objetividade pelo intérprete. É por isso, ainda, que ela cuida não apenas de garantir a todos o devido processo legal, mas de estabelecer garantias individuais e estruturas institucionais a fim de que os julgadores possam exercer suas funções sem procurar nem poder atingir seus interesses pessoais, nem preservar os interesses de uma das partes ou

da instituição de que são integrantes.” (Constituição, Liberdade e Interpretação, editora Malheiros, 2019, pág. 16).

Na visão de Pietro Perlingieri, que discorreu sobre o direito à correta informação:

“É preciso prever técnicas, regulamentos e controle para que a informação *de per se* útil, seja respeitosa da dignidade da pessoa e realmente pluralista. E seria de auspício que isso se realizasse também no âmbito de cada cabeçalho para que, sem perder a sua fisionomia, garantam no seu interno a confrontação com os outros e, em particular, com aqueles dos quais tenham diretamente ou indiretamente falado. Somente desse modo o poder de informação, não funcionalizado a razões de Estado ou de grupos de pressão, pode encontrar a sua profunda justificação histórica, favorecendo a exigência primária da promoção humana.” (Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional, editora Renovar, 2002, pág. 192).

De seu turno, Vicente Ráo discorreu sobre a diferença entre os sistemas jurídicos ocidentais e os sistemas totalitários, como o soviético. Na sua visão:

“De fato, os três sistemas, romano, germânico e anglo-americano, partem do pressuposto do respeito à personalidade humana e sua consequente liberdade, dentro dos limites impostos pela comunhão social; nesses sistemas, nem a sociedade, nem o Estado, isolados do homem, constituem o fim supremo do direito. O Estado intervém, pois, nas relações jurídicas particulares, mas não o deve fazer substituindo-se aos indivíduos, ou escravizando-os ao seu poderio. Nisso se distinguem os sistemas jurídicos positivos de cunho ocidental, do direito soviético, bem como de todos os sistemas totalitários, que, desconhecendo os direitos inerentes à personalidade humana, erigem o Estado em fim supremo do direito e do próprio homem.” (O Direito e a Vida dos Direitos, Vol. 1, editora RT, 3ª edição, 1991, pág. 151).

Já Eduardo Felipe Matias compara:

“Em outro caso conhecido, o empresário australiano Rupert Murdoch, dono da News Corp., teve de se curvar à vontade do governo chinês, que só admitiu que sua televisão por satélite entrasse naquele país quando ele assegurasse que essa não transmitiria as imagens da rede

britânica BBC. Johnson e Post fazem uma observação interessante a respeito desse fenômeno: Por ser tão difícil controlar o fluxo de elétrons através das fronteiras físicas, uma jurisdição local que procura impedir seus cidadãos de ter acesso a um material específico deve ou proibir todo o acesso a rede ou procurar impor sua vontade na rede como um todo. Este seria o equivalente moderno a um senhor feudal nos tempos medievais tentando evitar que o comércio de seda atravessasse as suas fronteiras. Ou seja, o controle do fluxo de informações na rede é praticamente impossível. E, se fosse possível, seria em muitos casos indesejável.” (A Humanidade e Suas Fronteiras, editora Paz e Terra, 2014. pág. 166).

A regulação das redes pode atingir não só direitos fundamentais dos usuários, mas também dos próprios empreendedores. Nesse sentir, as plataformas também possuem a liberdade de se expressar sobre temas que lhe digam respeito no discurso público.

A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet, citando André Ramos Tavares, leciona:

“Convém não esquecer, nesta perspectiva, que a extensão da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas tem por finalidade maior a de proteger os direitos das pessoas físicas, além do que em muitos casos é mediante a tutela da pessoa jurídica que se alcança uma melhor proteção dos indivíduos. Ainda no que diz com a fundamentação jurídico-constitucional do reconhecimento, por parte das pessoas jurídicas, da titularidade de direitos fundamentais, vale agregar, aos argumentos colacionados, a lição de Benito Aláez Corral, no sentido de que, em larga medida, os próprios grupos sociais (os entes coletivos) são o resultado do exercício, por parte do indivíduo, de determinados direitos fundamentais, como é o caso dos direitos de reunião e associação, cujo objeto somente pode ser assegurado de forma adequada se aos entes coletivos correspondentes for atribuída a titularidade de direitos fundamentais. (A Eficácia dos Direitos Fundamentais, editora Livraria do Advogado, 2009, pág. 223).

Mais à frente na mesma obra, o autor pondera:

“O reconhecimento de deveres fundamentais diz com a participação ativa dos cidadãos na vida pública e implica, na acepção de José Carlos Vieira de Andrade, um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais.” (A Eficácia dos Direitos Fundamentais, editora Livraria do Advogado, 2009, pág. 227).

A liberdade de expressão é classificada tradicionalmente como um direito civil, de cunho individual. No entanto, cresce na doutrina uma visão ampla desse direito, dada a necessidade moderna de suprir a sociedade com informações e opiniões diversas, transmutando-o em um direito difuso. Nesse sentido, Emerson Penha Malheiro e Guilherme Ferreira Rosseto publicaram o artigo “A liberdade de expressão como direito difuso” (RT, 2018). De seu turno, Fabrício Bastos aponta os vínculos subjetivos nos direitos difusos. Na sua visão, não se deve confundir uma mera circunstância de fato com a existência de um fato comum, pois naquela não existe uma coesão entre os membros da coletividade, já que não decorre de um vínculo precedente. (Curso de Processo Coletivo, 3ª edição, 2022, editora foco, pág. 71). Conclui-se que a definição atual de direito difuso comporta perfeitamente a liberdade de expressão na sociedade da informação.

Por fim, o jurista e professor da Universidade de Hamburgo Jan-Christoph Bublitz publicou um artigo em 2014 sobre a liberdade de pensamento na era da neurociência. O autor propõe quatro princípios para a interpretação da liberdade de pensamento e seus direitos irmãos, a liberdade religiosa e a liberdade de consciência. Segundo ele, a liberdade de pensamento é um direito que caiu no esquecimento, por tradicionalmente não haver meios de violá-la. No entanto, nos últimos anos, as intervenções da neurociência resgataram a relevância prática desse direito.

Sete anos depois da publicação do artigo, o autor retomou o assunto na obra “O Direito e a Ética da Liberdade de Pensamento - V. 1”, (na tradução do inglês, editora Palgrave Macmillan, 2021), publicada em coautoria com Marc Jonathan, onde discorrem sobre a liberdade de pensamento de forma aprofundada, destacando desde aspectos históricos (Sócrates) até os desenvolvimento tecnológicos mais recentes, como os chips neurais da Neuralink.

No livro os autores citam o juiz da Suprema Corte Americana Frank Murphy, o qual declarou que mesmo o governo mais tirânico é impotente para controlar o funcionamento interno da mente. Este entendimento está de acordo com o antigo adágio romano *cogitationis poenam nemo patitur* (nenhuma punição para o pensamento), que igualmente alicerça o direito penal moderno. Assim, a liberdade de pensamento, prevista no art. 18 da DUDH, prescindiria de proteção, ao passo que a liberdade de expressão, prevista no art. 19 da mesma declaração, necessitaria de uma forte estrutura protetiva.

Contudo, segundo os autores, essa realidade estaria se modificando, dado que os governos e corporações teriam meios de controlar os pensamentos em certa medida, por meio de avanços em drogas psicotrópicas e exames de ressonância magnética funcional (fMRI), tal como praticado extensivamente em estabelecimentos de custódia e detenção.

Em meio a essa nova realidade, os autores sustentam a necessidade de se criar um novo direito, chamado por eles de “liberdade cognitiva”, com um conteúdo mais abrangente que as tradicionais liberdades de pensamento, crença, consciência e expressão.

O tema desperta interesse por conta da atual prática de governos autoritários, como o da Coreia do Norte. Pesquisas indicam que praticamente toda a população do país acredita que o governo norte-coreano realmente descobriu a cura da AIDS. Muitos cidadãos norte-coreanos acham que o governo é capaz de decodificar de alguma forma seus pensamentos. Toda a mídia do país é estritamente controlada pelas autoridades, que obrigam a população a seguir a filosofia “junche”, surgida na resistência à colonização japonesa, que mescla elementos do marxismo e do confucionismo. Essa filosofia prega a autossuficiência do país, impondo sua separação e isolamento do resto do mundo.

O último relatório do HRW de 2022 acerca da situação das liberdades civis da população da Coreia do Norte mostrou os atos bárbaros praticados durante a pandemia. Segundo o relatório, o governo usou o pretexto de proteger a população contra a propagação da Covid-19 para impor um controle massivo sobre o pensamento, a locomoção e até a distribuição de alimentos no país, com práticas frequentes de execuções em massa e o envio de opositores políticos para campos de detenção secretos, chamados de “Kwanlliso”, o pior dos três tipos que existem no país.

Liberdade de expressão no contexto filosófico

A filosofia da linguagem está ligada à filosofia analítica. Neste campo, existem teorias tradicionais, como a Teoria dos Usos e dos Atos de Fala, e teorias atuais, como as teorias de Significado Condicional à Verdade. Segundo os estudos de Frege, conhecemos o significado de uma palavra quando conhecemos o papel que ela desempenha em uma frase, e sabemos o significado de uma frase quando conhecemos as condições sob as quais ela seria verdadeira. Já os conexionistas veem uma interação dinâmica entre conjuntos de nódulos interconectados. Modernamente, o assunto é estudado por cientistas cognitivos.

As pesquisas atuais focam na sensibilidade ao contexto de expressões e sentenças, bem como no minimalismo semântico, que envolve o estudo dos pronomes. O tema é objeto de disputa entre contextualistas e minimalistas.

De outro lado, a prosódia de idiomas é estudada pela fonética e fonologia, para classificar aspectos sonoros, relacionados à forma de pronúncia e à entoação das palavras no discurso. A prosódia confere emoção à fala, distinguindo a comunicação escrita e falada, como o acento de insistência e a entoação expressiva. Fred Cummins, Félix Gers e Jürgen Schmidhuber publicaram um estudo em 1999 comparando a prosódia de dez idiomas, identificando similaridades que destacam o mandarim e o japonês dos demais idiomas,

incluindo o coreano, bem como aspectos distintivos do francês, que se difere dos demais, como o vietnamita, o inglês e o espanhol.

Na lição de Plínio A. Barbosa:

“Os exemplos apresentados na seção precedente evidenciam contrastes de estruturas sintáticas que têm direta implicação semântica, como no caso das duas interpretações possíveis da sentença ‘A ovelha de raça brasileira’. Essa ambiguidade se dá apenas na escrita, pois, quando a frase é enunciada conforme o contexto, não há margem de dúvida quanto a sua interpretação, como visto acima: a prosódia guia a interpretação correta da frase”. (Prosódia, editora Parábola, 2019, pág. 84).

Mais à frente o autor discorre:

“Lesões nas áreas encefálicas responsáveis pelo processamento prosódico geral déficits tanto na produção quanto na percepção dos componentes melódicos e rítmicos da fala. O termo disprosódia refere-se às consequências, para a prosódia, de problemas no controle e na execução dos sistemas responsáveis pela produção da fala: respiratório, laríngeo e supralaríngeo, além da percepção da prosódia. Há autores que mencionam também problemas com a prosódia afetiva”. (Prosódia, editora Parábola, 2019, pág. 93).

Na visão de Ulrich Beck, escrevendo em 1986:

“A seguir, o seguinte raciocínio será de saída crucial: se antigamente importavam os perigos definidos externamente (deuses, natureza), o caráter historicamente inédito dos riscos funda-se atualmente em sua simultânea construção científica e social, e isto num sentido triplo: a ciência se converte em causa (entre outras causas concorrentes), expediente definidor e fonte de soluções em relação aos riscos e, precisamente, desse modo, conquista novos mercados de cientificização. No revezamento entre riscos coproduzidos e codefinidos e sua crítica pública e social, o desenvolvimento científico-tecnológico se torna contraditório. (Sociedade de Risco, editora 34, 2010, pág. 235).

Em entrevista realizada em 2010, o sociólogo comenta sobre o uso que fez do termo *brasilianização do ocidente* em suas obras mais recentes:

“Invertendo o julgamento de Marx, poderíamos dizer (com Shalini Randeria) que muitas partes do mundo em desenvolvimento hoje em dia são capazes de mostrar à Europa a imagem do seu próprio futuro. Isso é verdade se levamos em conta aspectos como o desenvolvimento de sociedades multirreligiosas, multiétnicas e multiculturais; os modelos interculturais e a tolerância à diferença cultural; o pluralismo jurídico; e a multiplicação de soberanias. (Sociedade de Risco, editora 34, 2010, pág. 372)

Os dezenove fragmentos do livro "Da Natureza", de Parmênides, ordenados por H. Diels, cobrem as três partes em que o poema se divide: próêmio, que descreve a viagem do jovem ao encontro da deusa, de quem lhe vêm os ensinamentos, e fixa as palavras de acolhimento que esta lhe dirige; a "Via da Verdade", que desenrola a argumentação da deusa em torno do ser; a "via da opinião", que estabelece as condições de transmissão das opiniões dos mortais.

No início de sua obra, Parmênides escreveu os seguintes versos:

“Ó jovem, acompanhante de aurigas imortais, tu que chegas até nós transportado por corcéis, Salve! Não foi um mau destino que te induziu a viajar por este caminho - tão fora do trilho dos homens -, mas o Direito e a Justiça”. (Da Natureza, Edições Loyola, 2013, pág. 49).

Na peculiar análise de Andrei Gabriel Pleșu:

“Uma primeira observação quanto à situação do Wissenschaftskolleg seria que vivemos num mundo de globalização, em que as distâncias espaciais e culturais diminuem visivelmente, mas isto não exclui a ignorância dos fundamentos intelectuais e sociais do outro; ao contrário, amplia o aspecto irracional desta ignorância. Podes chegar relativamente rápido a Bangkok, podes ter relações políticas ou comerciais com Bangkok, mas podes fazê-lo sem passares além do pitoresco turístico. Entre a globalização e a cultura geral instala-se, de maneira paradoxal, uma relação de proporcionalidade inversa. Quanto mais facilmente nos encontramos, tanto menos nos conhecemos. Assistimos a uma mudança substancial de sentido do conceito de tolerância. Ele já não designa aceitação do outro, da opinião diferente, mas pura e simplesmente ignorância da opinião diferente. Disso resulta que não tenho necessidade de te entender para te aceitar e que não tenho necessidade de discutir contigo para te dar razão. O senhor tem direito à opinião do senhor. Respeito-a. Eu tenho direito a

minha opinião e espero que ela seja respeitada. É inútil a dialética. A tolerância recíproca termina numa mudez universal, sorridente, pacífica, uma mudez porque o diálogo é uma interferência radiofônica indesejável. Nessas condições a tolerância tem efeitos mais que discutíveis: ela amputa o apetite por conhecimento, de compreensão real da alteridade, e dinamita a necessidade de debater. Num mundo governado por tais regras, Sócrates ficaria desempregado. Não se encontra nenhuma verdade, não se faz nenhum raciocínio. Não se exige senão que respeitemos, educados, as convicções do interlocutor. (Da Alegria no Leste Europeu e na Europa Ocidental e Outros Ensaio, Realizações Editora, 2013, pág. 71).

Segundo Francis Bacon, citado por Hilton Japiassu:

“Os ídolos e as noções falsas que ora ocupam o intelecto humano e nele se encontram implantados, não somente o obstruem, a ponto de tornar-se difícil o acesso à verdade, mas podem aparecer como obstáculos à própria instauração das ciências; a não ser que os homens, já prevenidos contra eles, tomem o maior cuidado. São quatro os tipos de ídolos que bloqueiam a mente humana. Há também os ídolos provenientes do intercurso e da associação recíproca dos indivíduos do gênero humano entre si, a que chamamos de Ídolos do foro, devido ao comércio ou consórcio entre os homens. Com efeito, os homens se associam graças ao discurso, e as palavras são cunhadas pelo vulgo. E as palavras, impostas de modo inadequado e inepto, bloqueiam espontaneamente o intelecto. As palavras forçam o intelecto e o perturbam por completo. E os homens são, assim, arrastados a inúmeras e inúteis controvérsias e fantasias. (Francis Bacon: O profeta da Ciência Moderna, editora Letras & Letras, 1995, pág. 126).

Na visão de Max Weber:

“Pouco sucesso pode ser obtido por meio da ameaça de coação que apoia a ordem jurídica. Isso se aplica especialmente à esfera econômica devido a um número de circunstâncias externas e a sua própria natureza peculiar. O poder do direito sobre a conduta econômica vem, em vários aspectos, diminuindo se comparado com as condições do passado. A eficácia de regulamentações de preço máximo, por exemplo, sempre foi precária; mas sob as condições

presentes, há uma chance ainda menor de sucesso. (O Direito na Economia e na Sociedade, Ícone Editora, 2011, pág. 51).

Discorrendo sobre os tipos puros de dominação, o mesmo autor arremata:

“A validade de um poder de mando pode se expressar, em primeiro lugar, em um sistema de regras racionais feitas de modo consciente (que pode tanto ser aceito quanto imposto a todos) que resulta na obediência como normas geralmente obrigatórias sempre que tal obediência for reivindicada por quem designa as regras. No entanto, a validação de um poder de mando também pode repousar sobre a autoridade pessoal. Tal autoridade pode, por suas vez, se fundamentar na sacralidade da tradição, isto é, no que é habitual e prescreve obediência a determinados tipos de pessoas. Ou, ainda, pode se fundamentar em um argumento completamente oposto, ou seja, render-se ao extraordinário, à crença no carisma, isto é, na real revelação ou na graça repousante sobre tal pessoa que é então considerada um salvador, profeta ou herói. (O Direito na Economia e na Sociedade, Ícone Editora, 2011, pág. 311).

Para David Hume:

“Não há método mais comum de raciocinar - e não obstante nenhum mais censurável - do que refutar as hipóteses nas discussões filosóficas sob o pretexto de conterem perigosas consequências para a religião e a moral. Quando uma opinião conduz ao absurdo, é certamente falsa, mas não é evidente que uma opinião seja falsa porque suas consequências são perigosas. Devem-se evitar totalmente tais lugares-comuns, pois eles em nada auxiliam na descoberta da verdade, servindo apenas para tornar odiosa a pessoa de um adversário. (Investigação Sobre o Entendimento Humano, editora Escala, pág 109).

Segundo John Stuart Mill, defensor histórico da liberdade de expressão:

“Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma determinada opinião, e apenas uma pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais justificativas para silenciar aquela pessoa do que ela, se tivesse o poder de silenciar a humanidade. Se uma opinião fosse uma posse pessoal de nenhum valor, exceto para seu dono; se impedir seu desfrute fosse simplesmente um dano privado, faria alguma diferença quer o dano fosse infligido a apenas algumas

pessoas ou a muitas. Mas o mal peculiar de silenciar a expressão de uma opinião é do que se está pilhando a raça humana; a posteridade assim como a geração existente; aqueles que discordam da opinião, ainda mais do que aqueles que a detêm. Se a opinião está correta, eles são privados da oportunidade de se trocar o erro pela verdade; se errada, eles perdem, o que é quase como um grande benefício, a percepção mais clara e a mais vívida expressão da verdade produzida por seu choque com o erro. (Ensaio Sobre a Liberdade, editora Escala, pág. 36).

Em “Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”, no “capítulo XIII: Casos em que não cabe punir”, Jeremy Bentham pontua:

“O objetivo geral que caracteriza todas as leis - ou que deveria caracterizá-las - consiste em aumentar a felicidade global da coletividade; portanto, visam elas em primeiro lugar a excluir, na medida do possível, tudo o que tende a diminuir tal felicidade, ou seja, tudo o que é pernicioso. Acontece, porém, que toda punição constitui um ato pernicioso; toda punição constitui, em si mesma, um mal. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade - se tal princípio tiver que ser admitido -, uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior. É evidente, portanto, que não se deve infligir punição nos casos a seguir enumerados: Quando não houver motivo para a punição, ou seja, quando não houver nenhum prejuízo a evitar, pelo fato de o ato em seu conjunto não ser pernicioso; Quando a punição só pode ser ineficaz, ou seja, quando a mesma não pode agir de maneira a evitar o prejuízo; Quando a punição foi inútil ou excessivamente dispendiosa, no caso de o prejuízo produzido por ela ser maior do que o prejuízo que se quer evitar; Quando a punição foi supérflua, o que acontece quando o prejuízo pode ser evitado - ou pode cessar por si mesmo - sem a punição, ou seja, por um preço menor.” (Jeremy Bentham e John Stuart Mill: Os Pensadores, editora Abril Cultural, 1979, pág. 59).

Além da Inglaterra, também na Europa continental houvera valiosos contributos para a liberdade dos cidadãos, como França, Itália e Alemanha, em diferentes períodos históricos.

Como declarou Rousseau em “O Contrato Social”, Maquiavel, fingindo dar lições aos príncipes, deu grandes lições ao povo. De fato, em sua obra O Príncipe, constam numerosos

ensinamentos para defesa do povo ao arbítrio estatal, cujas lições podem ser transpostas aos dias de hoje, a exemplo do Capítulo IX: Do Principado Civil; Capítulo XV: Das razões por que os príncipes são censurados; e capítulo XIX: Como o príncipe deve evitar ser odiado. Da mesma forma, as reflexões de Montesquieu em mais de duas décadas de viagens e pesquisas, compiladas na obra *O Espírito das Leis*, fornece uma referência atemporal para a liberdade da população, incluindo a liberdade de expressão na sua concepção atual, a exemplo do Livro II, capítulo V: Das leis relativas à natureza do estado despótico; Livro V, capítulo V: Como as leis estabelecem a igualdade na democracia; Livro VI, capítulo I: Da simplicidade das leis civis nos diferentes governos; Livro XI, capítulo III: O que é liberdade; e, destacadamente, o Livro XII, capítulo XX: Das leis favoráveis à liberdade dos cidadãos na república.

Hegel viveu sob o autoritarismo do governo prussiano, que albergava porções da Alemanha e Áustria. No livro *"Filosofia do Direito"* (§ 319), ele discorre sobre a liberdade de expressão. Para ele, um estado moderno requer essa liberdade. No entanto, ele enxerga que as opiniões genuínas baseadas nas verdadeiras necessidades da sociedade podem ser distorcidas por opiniões baseadas em sentimentos, e não na razão. Assim, a opinião pública merece ser respeitada tanto quanto ser desprezada. Percebe-se que ele não defendia uma liberdade de expressão ilimitada, justificando leis que proibissem tanto a incitação à rebelião e à violência, quanto as difamações ao soberano. Conclui, no entanto, que se o estado não fosse censurável, tendo uma constituição, um governo estável e reuniões públicas da Assembleia, poder-se-ia permitir aos cidadãos se manifestarem livremente. Nestas circunstâncias, os censores não precisariam interferir com frequência.

Segundo o raciocínio de Hegel:

"Cada um deve falar a verdade. Nesse dever que se enuncia como incondicionado vai-se logo admitir a condição: se souber a verdade. O mandamento, pois, será agora assim enunciado: cada um deve falar a verdade, sempre segundo seu conhecimento e convicção a respeito dela. A sua razão, justamente essa consciência ética que sabe imediatamente o que é justo e bom, explicará também que essa condição já estava de tal modo unida à sua máxima universal que ela sempre assim entendeu aquele mandamento. Mas dessa maneira admite que, de fato, ao enunciar a máxima já a infringe, imediatamente. Dizia: cada um deve falar a verdade; mas entendia: de acordo com seu conhecimento e convicção sobre ela. Isto é, falava uma coisa e entendia outra; ora, falar diversamente do que se entende, significa não falar a verdade. Uma vez corrigida a inverdade ou a inabilidade, a máxima agora assim se exprime: Cada um deve falar a verdade conforme o conhecimento e a convicção que dela tenha em

cada caso. Com efeito: que a verdade deva ser dita, depende de uma contigência: se é que eu conheço; se é que estou convencido a respeito. Assim não se enuncia nada mais do que isto: que se deve dizer o verdadeiro e o falso misturados, conforme suceda que alguém os conheça, entenda ou conceba.” (Fenomenologia do Espírito, Editora Vozes, 9ª edição, 2014, pág. 289).

De seu turno, falar de liberdade em Heidegger contém um paradoxo intrínseco, já que ele exerceu o cargo de reitor da Universidade de Friburgo entre 1933 e 1934, tendo endossado o regime hitlerista.

A própria ontologia da liberdade implica um paradoxo, uma vez que aquela implica uma negação da livre escolha humana.

Heidegger tinha uma grande aversão à condição caótica que havia se tornado a república de Weimar em seu período final. No entanto, ele revelou uma grande ingenuidade política. Muitos alegam, porém, que sua obra transcende sua biografia, apesar de ele não ter elaborado nenhuma teoria política.

Na visão de Heidegger:

“A comunicação de enunciados, por exemplo, a reportagem, é um caso especial de comunicação, apreendida fundamentalmente como existencial. Nela se constitui a articulação da convivência que compreende. É ela que cumpre a partilha da disposição comum e da compreensão do ser-com. Comunicação nunca é a transposição de vivências, por exemplo, de opiniões e desejos, do interior de um sujeito para o interior de outro sujeito. A copresença já se revelou essencialmente na disposição e compreender comuns. (Ser e Tempo, Editora Vozes, 10ª edição, 2006. Pág. 225).

Para Hannah Arendt:

“É um dado histórico o de que a moderna tecnologia tem suas origens não na evolução daquelas ferramentas que o homem sempre havia inventado para o duplo propósito de facilitar seu trabalho e de erigir o artifício humano, mas exclusivamente na busca completamente não prática de conhecimento inútil. Se tivéssemos de confiar somente nos chamados instintos práticos dos homens, jamais teria havido qualquer tecnologia digna de nota.” (A Condição Humana, 11ª edição, editora Forense Universitária, 2011, pág. 361).

Na observação de Arendt se encaixam as principais tecnologias aqui tratadas, que advieram após seus escritos, como o microprocessador, o computador pessoal, a internet e as mídias digitais.

Modernamente, Peter Sloterdijk arremata:

“Para teóricos liberais da era industrial a revelação de que a aliança entre sociedade industrial e democracia não é absolutamente tão indissociável quanto querem os ideólogos ocidentais, há algum tempo oferece motivo para irritação e preocupação. Gostaria de expressar a suposição de que a separação dos pseudogêmeos democracia e capitalismo é algo completamente diferente da mera introdução de parlamentos e eleições livres em certos Estados africanos, asiáticos e sul-americanos. Constituem obstáculo para uma democratização no sentido ocidental, em muitos países não europeus em vias de industrialização ou industrializados, as maciças relíquias de culturas que, de acordo com sua característica básica, obedecem a princípios da era agrária ou ainda mais antigos.” (No Mesmo Barco: Ensaio sobre a Hiperpolítica, editora Estação Liberdade, 2ª edição, 1999, pág. 83).

Certamente, incluem-se entre as relíquias de culturas agrárias, de que fala Sloterdijk, a procura por silenciar opositores nas mídias digitais por meio da lei e suas punições, em tudo similar ao que ocorria no período do coronelismo no Brasil. Só mudaram as evasivas: o que antes era justificado pela manutenção da ordem pública, hoje é respaldado pela proteção das crianças, desinformação e discurso de ódio.

Conclusão

A liberdade de expressão sem limites pode ser trágica. O genocídio em Ruanda em 1994 foi insuflado em grande medida pelo rádio, em decorrência da completa falta de controle dos que os rebeldes propagavam.

Essa liberdade sem limite pode desencadear lavagens cerebrais e levar a ações irracionais. Como exemplo, em 2023 foram encontrados 201 corpos na floresta de Shokahola, no Quênia. Todas essas pessoas foram levadas ao suicídio por asfixia e inanição, seduzidas por uma crença apocalíptica de uma seita liderada por Paul Mackenzie, que foi preso.

No entanto, ações altruístas visando a proteção de vulneráveis podem esconder objetivos escusos. A regulação das novas tecnologias, que possibilitam uma ampla liberdade de pensamento e expressão, geram desconfiança, tendo em vista que propagam

objetivos de combate à desinformação e ao discurso de ódio, além da proteção de crianças, como subterfúgios para silenciar opositores políticos.

Para acomodar o interesse consensual de proteção da criança ou defesa nacional, sem dar margem a perseguições políticas, a regulação deve ser construída de forma inteligente, sem brechas legais para a prática de abusos contra a liberdade de expressão no seio da sociedade.

O argumento de que a regulação da liberdade de expressão nas redes sociais é necessária para garantir o próprio exercício da liberdade de expressão, equivale a uma cobra engolindo o próprio rabo. Não passa de um artifício retórico para silenciar vozes contrárias.

Aos olhos da Constituição não existem direitos abstratamente absolutos. Todos os direitos devem acomodar pressões de outros direitos de mesma fundamentalidade, tornando-os circundados por restrições. No entanto, o núcleo da liberdade de expressão como direito fundamental é intangível, não podendo ser atacado pela regulação das redes.

Afinal, uma restrição a um buzinaço como manifestação política nas proximidades de um hospital em funcionamento é plenamente justificável, à luz da proporcionalidade. Contudo, uma lei que conceda carta branca ao governo pode fazê-lo proibir um tuitaço, por causar tumulto nas redes, sob o argumento de que estaria prejudicando sua utilização pelos demais usuários.

Referências

Andrei Gabriel Pleșu, *Da Alegria no Leste Europeu e na Europa Ocidental e Outros Ensaio*, Realizações Editora, 2013.

Anthony Everitt, *A Ascensão de Atenas*, editora Crítica, 2016

David Hume, *Investigação Sobre o Entendimento Humano*, editora Escala, 2012.

David Sumpter, *Dominados pelos Números*, editora Bertrand Brasil, 2019.

Eduardo Felipe Matias, *A Humanidade e Suas Fronteiras*, editora Paz e Terra, 2014.

Edward H. Levi, *Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico*, editora Martins Fontes, 2005.

Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Publishing, 7ª edição, 2023.

Frederick Cooper e Jane Burbank, *Impérios: Uma Nova Versão da História Universal*, editora Crítica, 2019.

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, Saraivajur, 16ª edição, 2021.

Hannah Arendt, A Condição Humana, 11º edição, editora Forense Universitária, 2011.

Herbert Lionel Adolphus Hart, O Conceito de Direito, editora Martins Fontes, 2018.

Humberto Ávila, Constituição, Liberdade e Interpretação, editora Malheiros, 2019.

Ingo Wolfgang Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, editora Livraria do Advogado, 2009.

James Marshall, Espadas e Símbolos, editora Revista dos Tribunais, 2008.

Jeremy Bentham e John Stuart Mill: Os Pensadores, editora Abril Cultural, 1979.

John Locke, Segundo Tratado Sobre o Governo, editora Martin Claret, 2002.

John Milton, Areopagítica: Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra, Topbooks, 1999.

John Stuart Mill, Ensaio Sobre a Liberdade, editora Escala, 1986.

José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, editora Malheiros, 30ª edição, 2008.

José Vicente Santos de Mendonça, Direito Constitucional Econômico, editora Fórum, 2ª edição, 2018.

Lloyd L. Weinreb, A Razão Jurídica, editora Martins Fontes, 2008.

Marie Arana, Bolívar: O Libertador da América, editora Três Estrelas, 2015.

Martin Gilbert, A História do Século XX, editora Crítica, 2016.

Mary Beard, SPQR - Uma História da Roma Antiga, editora Crítica, 2ª edição, 2020.

Max Weber, O Direito na Economia e na Sociedade, Ícone Editora, 2011.

Patrícia Peck Garrido, Direito Digital, editora Saraiva, 7ª edição, 2021,

Peter Sloterdijk, No Mesmo Barco: Ensaio sobre a Hiperpolítica, editora Estação Liberdade, 2ª edição, 1999.

Pietro Perlingieri, Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional, editora Renovar, 2002.

Rudolf Von Ilhering, A Luta pelo Direito, editora Martin Claret, 2002.

Uadi Lammêgo Bulos, Curso de Direito Constitucional, 12ª Edição, Saraivajur, 2019.

Vicente Ráo, O Direito e a Vida dos Direitos, Vol. 1, editora RT, 3º edição, 1991.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) E OS IMPACTOS NAS PEQUENAS EMPRESAS

IGOR EUGÊNIO BUSO: graduando em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente artigo visa apresentar as atualizações da LGPD no Brasil, bem como apresentar quais são as dificuldades que estão sendo enfrentadas, desde a sua vigência para as adequações das empresas. Utilizando a metodologia na forma bibliográfica, que se fundamenta em materiais já publicados em livros, artigos, sites, jornais e revistas acerca do assunto. Objetivando que o leitor alcance clareza e segurança diante de todo o exposto e atue estritamente no cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados, afastando-se da possibilidade de penalidades.

Palavras-chave: LGPD; Segurança; Lei; Empresas; ANPD.

ABSTRACT: This article aims to present the updates of the LGPD in Brazil, as well as to present the difficulties that are being faced, since its validity for the adaptations of the companies. Using the methodology in the bibliographic form, which is based on materials already published in books, articles, websites, newspapers and magazines on the subject. Aiming for the reader to reach clarity and security in the face of all the above and act strictly in compliance with the General Data Protection Law, moving away from the possibility of penalties.

Palavras-chave: LGPD; Security; Law; Companies; ANPD.

1 INTRODUÇÃO

Com o aumento da população, temos como consequência o crescimento Tecnológico no qual a sociedade vivencia, não havendo dúvidas em dizer que é possível manter a proximidade entre pessoas distantes, tudo em razão da Internet e dos novos meios de comunicação, levando em conta infinitas trocas de informações e possibilitando o contato entre pessoas de diferentes partes do mundo.

O Avanço Tecnológico é considerado também, como a Quarta Revolução Industrial, a partir da inteligência artificial e da robótica, por se tratar da análise massiva de dados ("big data"), bem como, a importância e valor de que todos os dados pessoais constituem.

Partindo desta premissa, as informações enviadas na internet, são transformadas em dados, processados e valorados economicamente, sendo considerado o principal ativo da sociedade contemporânea e equiparados ao petróleo de outros tempos. Com isso, afirma-se que a economia é dirigida por dados (“data driven economy”).

Assim, as informações, o perfil de consumo dos usuários e os dados pessoais, se tornaram produtos essenciais para fomentar a economia global, uma vez que essa nova matéria-prima permite a obtenção de um resultado satisfatório e eficaz na atuação governamental e empresarial, ante a facilidade de obtenção das informações disponibilizadas na internet (FRAZÃO; TEPEDINO; OLIVA, 2020).

Não obstante, a coleta e acesso a dados pessoais por parte das empresas, originou uma problemática relativa à salvaguarda do direito à privacidade, cujo exercício se viu ameaçado diante de tamanha e desmesurada exposição. Em face disso e com o intuito de tutela de direito tão íntimo, a proteção de dados pessoais, hoje, é considerada direito fundamental (LOPES, 2020).

Constatando-se a necessidade de preservar tais direitos em território brasileiro e, buscando inovações no mundo jurídico a garantir segurança do ambiente virtual concomitantemente com ambiente real, foi promulgada a Lei nº 13.709/2018, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados, para proteger direitos fundamentais como privacidade, liberdade e desenvolvimento de serem feridos por outras pessoas naturais ou jurídicas.

O presente trabalho Científico suceder-se-á desenvolvido na forma de monografia Jurídica e visa uma análise pormenorizada, ainda que de forma breve das normativas aplicadas a sociedade atual, em decorrência da Lei nº 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, bem como as modificações que sucederam, pontuando o que o é a LGPD e sua relevância.

Utilizando-se uma metodologia bibliográfica, que se baseia em materiais publicados em artigos, sites, textos de leis, livros, jornais e revistas acerca do assunto. Outrossim, o uso de jurisprudência, doutrinas e narrativas se evidenciam pelo modo bibliográfico. É almejado que o leitor alcance clareza e segurança diante de todo o exposto.

Nessa assertiva, as pequenas empresas devem efetivar as adequações e estarem em conformidade com a LGPD, para não sofrerem qualquer tipo de sanção por parte dos órgãos responsáveis, sendo necessário modificar seus hábitos e culturas, enquadrando-se nas normas exigidas.

2 O QUE É A LGPD?

A princípio precisamos destacar alguns pontos sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais a fim de garantir o melhor entendimento sobre suas terminologias.

Publicada em 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), trata da proteção aos dados coletados ou processados de alguma forma, com o intuito de resguardar a privacidade dos cidadãos e oferecer respaldo a ofensa dos direitos fundamentais, objetivando o equilíbrio entre o avanço das tecnologias e a globalização, conforme bem conceitua Rafael Fernandes na sua obra “Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”, a LGPD:

dispõe sobre o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade natural, inclusive por meio digital (FERNANDEZ, 2020, p. 17).

Nesse sentido, podemos consentir com Cots e Oliveira, que também pontua o objetivo da Lei e identifica a vulnerabilidade das pessoas quanto ao tratamento de tais dados (2019, p. 48):

O objetivo da LGPD é o de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade natural”. O verbo “proteger” diz muito sobre a forma como o legislador enxergou o titular dos dados, ou seja, em posição desigual em relação aos responsáveis pelo tratamento de dados, ficando patente sua vulnerabilidade.

A LGPD traz de forma expressa seus fundamentos, a fim de garantir a devida utilização dos dados pessoais, através de seu Artigo 2º:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Nesse diapasão, evidencia-se que os fundamentos da LGPD estão ligados diretamente com a carta magna de 1988, através de seu texto, como podemos citar: artigo 3º, I e II; artigo 4º, II; artigo 5º, X e XII; artigo 7º, XXVII e artigo 219. Deixando claro que a LGPD tem como base os Direitos Fundamentais, a liberdade, segurança, justiça das pessoas, proteção e garantia à privacidade, respaldado aos direitos individuais, objetivando a segurança jurídica no Brasil.

No âmbito da LGPD, ressalta-se outro ponto importante que é a conceituação de algumas expressões, tais quais: pessoa natural, pessoa jurídica, dados pessoais, titular dos dados, tratamento dos dados, banco de dados, controlador e operador.

A Pessoa Natural ou também chamada de Pessoa Física, é o ser humano dotado de capacidade plena ou não, podendo ser caracterizado pela LGPD como: titular dos dados pessoais, ou, até mesmo, controladora ou operadora dos dados.

Já a Pessoa Jurídica se diz respeito, a uma entidade que a lei atribui personalidade jurídica, sujeita a direitos e deveres (obrigações), tendo como principal característica a de atuar na vida jurídica, com personalidade distinta dos indivíduos que fazem parte dela.

Os Dados Pessoais são as informações relativas à pessoa, que permitem sua identificação, ou, como consta da LGPD "informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável". Em relação ao tratamento dos dados, é toda e qualquer operação realizada com dados pessoais, como, por exemplo ressalta a LGPD: coleta, recepção, produção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

O banco de dados é uma ferramenta que possibilita a sistematização de volumes de informações, armazenados em um ou vários locais, que podem ser gigantescos, e que atualmente teve seu potencial exponencialmente incrementado com o advento da informação.

Para Silberschatz (2006, p.1):

Um sistema de banco de dados (DBMS) é uma coleção de dados inter-relacionados e um conjunto de programas para acessar esses

dados. A coleção de dados, normalmente chamada de banco de dados, contém informações relevantes a uma empresa.

O Controlador é considerado como uma pessoa natural ou jurídica, de direito público e privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento dos dados pessoais. Já o Operador, que também é chamado de processador, é denominado pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento, conforme bem pontua Pinheiro (2020, p.97):

O operador é o agente responsável por realizar qualquer tratamento de informações, agindo sob o comando do controlador, podendo ser um colaborador do estabelecimento comercial ou uma empresa terceirizada. Nas hipóteses de vazamento de informações, a LGPD prevê que tanto o controlador quanto o operador poderão ser responsabilizados, desde que não tenham cumprido com as medidas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados.

Notório se faz também, demonstrar um dos princípios expresso na LGPD, que se refere a responsabilização e prestação de contas, previsto no inciso X, do artigo 6º, da LGPD. O mesmo estabelece que, os agentes que manuseiam os dados pessoais para a realização de seu tratamento devem atestar sua boa-fé e diligência, pois, é dever do agente demonstrar que adotou as medidas necessárias, bem como, sua eficácia, para comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais ao longo do tratamento.

É decorrente desse princípio que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados adquire especial magnitude, pois se trata do órgão da administração pública responsável exatamente por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD em todo o território brasileiro, nos termos do seu artigo 5º, inciso XIX.

Nesse sentido, podemos consentir com Frazão, Tepedino e Olivia (2020):

A alteração mais importante proporcionada pela Lei nº 13.853/2019, foi a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal que integra a Presidência da República, responsável por editar e fiscalizar a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, possuindo caráter imprescindível para garantir a efetividade dessa legislação.

3 RESOLUÇÃO CD/ANPD Nº 2/2022

Com a finalidade de assegurar a aplicação da LGPD, foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante

da Presidência da República, composta pelo Conselho Diretor, Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, Corregedoria, Ouvidoria, Procuradoria e unidades administrativas, que fiscaliza a observância da norma, com possível aplicação de sanções administrativas, e fica incumbida de promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança.

No seu texto de Lei, a LGPD definiu as competências que foram atribuídas a ANPD, elencadas exaustivamente no rol do artigo 55-J, incluído pela Lei nº 13.853 de 2019, contendo de forma expressa, 24 competências, que no geral se referem: ao zelo pela proteção de dados pessoais; fiscalização e aplicação de sanções; deliberação sobre a interpretação da LGPD; apreciação de petições de titulares de dados; conscientização da população; elaboração de estudos na área de privacidade; edição de normas, procedimentos e orientações diferenciados a micro e pequenas empresas, incluindo startups.

Com enfoque nas pequenas empresas, destaca-se a Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022, que tem por objetivo regulamentar a aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD), para agentes de tratamentos de pequeno porte, com base nas competências previstas no artigo 55-J, inciso XVIII, da referida Lei.

O principal objetivo é proporcionar uma maior facilidade de adequação as microempresas, empresas de pequeno porte, startups e empresas de inovação, nas normas previstas na LGPD, sendo necessário adaptar as diretrizes da Lei, considerando as realidades dos agentes de tratamento de pequeno porte, oferecendo soluções específicas e esclarecimentos sobre esses agentes e suas operações.

3.1 Agentes de Tratamento de Pequeno Porte

No que tange a esse tema, importante destacar a primeira parcela dos destinatários que a Resolução se direciona, formadas pelas micro e pequenas empresas, que subdividem em: sociedade empresária, sociedade simples ou microempreendedor individual, devidamente registrados no órgão competente.

Não obstante, as startups também compõem uma das parcelas que a Resolução abrange, uma vez que, são enquadradas como organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios, produtos ou serviços ofertados.

Além disso, as associações, entidades religiosas, consideradas pessoas físicas de direito privado sem fins lucrativos, também são beneficiadas. Decorrente disso, as pessoas

naturais e os entes despersonalizados, como por exemplo, condomínios, não poderiam ficar de fora, apesar de em alguns casos gerar inúmeras discussões.

Ademais, as empresas de pequeno porte precisam se atentar para algumas exceções, caso faça parte, não poderão se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado que a ANPD oferece, tais exceções estão estabelecidas no art. 3º da Resolução, quais sejam: agente de pequeno porte que realizam tratamento de alto risco para os titulares; caso sua receita bruta ultrapasse o limite estabelecido, ou seja, R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais); em relação as startups, caso a receita bruta ultrapasse o limite de R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais), bem como, as microempresas que ultrapassarem a receita bruta de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), no ano-calendário anterior.

3.2 Critérios Gerais

O Regulamento definiu alguns critérios para identificar as situações que o tratamento dos dados pessoais pode trazer riscos para os seus titulares, ficando assim, denominado como “tratamento de alto risco para os titulares”, esses critérios são identificados como geral e específico, sendo que a cumulação de um critério geral com mais um critério específico, já se caracteriza como um tratamento de alto risco.

Como critérios gerais são apontados as empresas cujo o tratamento de dados pessoais é de larga escala, com alto volume de dados, a extensão geográfica alcançada que contenha dados pessoais que possam afetar significativamente interesses e direitos fundamentais, como é o caso daquele que venha a impedir o exercício dos direitos do titular, de modo que a prática provoque uma situação com resultado de danos materiais ou morais para o destinatário, a exemplo de práticas relacionadas com possível vazamento de dados, ocasionando violação à integridade física, direito de imagem, fraudes financeiras ou roubo de identidade.

3.3 Critérios Específicos

No caso dos critérios específicos, são tipificados pelo uso de tecnologias emergentes ou inovadoras, a vigilância ou controle de zonas acessíveis ao público (espaços abertos ao público), decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais, inclusive aquelas destinadas a definir o perfil pessoal, de crédito e aspectos da personalidade.

Por fim, a utilização de dados pessoais sensíveis ou de dados pessoais de crianças, de adolescentes e de idosos.

3.4 Flexibilização das Obrigações e Registro de Incidentes

Assim como no regramento geral da LGPD, os agentes de tratamento de pequeno porte também estão sujeitos a incidentes de segurança mediante a Resolução, porém haverá flexibilização conforme a realidade do agente de tratamento e levando em consideração os requisitos mínimos necessários para garantir a privacidade dos titulares de dados, ocorrendo o procedimento simplificado conforme pontua o art. 9º da referida Resolução.

Um dos maiores desafios das pequenas empresas, era a obrigatoriedade de nomeação do Encarregado de Proteção de Dados (EPD), porém com a vinda da Resolução, não se trata mais de uma obrigação, mas sim de uma faculdade do agente de tratamento que, quando exercida, será considerada política de boas práticas e governança pela ANPD.

Contudo, deverão disponibilizar um canal de comunicação com o titular de dados pelo qual receberam reclamações e comunicações dos titulares, no pleno exercício de seus direitos, para prestar esclarecimentos e adotar providências.

Notório se faz saber sobre a política de boas práticas, contida na Resolução em seu artigo 12, sugerindo assim que seja estabelecida uma política de segurança da informação, ainda que simplificada, endereçado aos agentes de tratamento de pequeno porte, para que realize revisão periódica e que contemple controles relacionados ao tratamento de dados pessoais.

Dentre tais controles, é sugerido a adoção de medidas de controle de acesso com a identificação do usuário, suas permissões e atividades realizadas. Em relação a coleta e processamento de dados é preciso se atentar ao princípio da necessidade.

Segundo Frazão, Tepedino e Olivia (2020), o princípio da necessidade dispõe que deverão ser coletados o mínimo de dados necessários à efetivação da finalidade pretendida, limitando a quantidade de informações a serem disponibilizadas, visando assim, evitar a coleta excessiva de dados desnecessários.

Com isso, será mais fácil demonstrar que a empresa está cumprindo com as determinações da ANPD, por tais medidas serem consideradas positivas, ajudando diretamente na ampla defesa em uma possível apuração de infração, resultante de um processo administrativo.

Quanto ao processo administrativo para verificação de registro de incidentes, a Resolução faz considerações sobre a concessão de prazo em dobro para determinadas hipóteses, considerando as dificuldades que as pequenas empresas possam enfrentar.

De forma ampla, é concedido maior prazo na comunicação entre empresa e Autoridade Nacional de Proteção de Dados, em relação a apresentação de informações, documentos, relatórios e registros solicitados pela ANPD a outros agentes de tratamento.

4 CONCLUSÃO

A LGPD ainda é um assunto que gera muita polêmica na sociedade empresarial, pois todas as empresas querem recursos para facilitar e potencializar seus negócios a partir de informações de usuários, porém, muitas vezes, não conseguem mensurar que o recurso tecnológico, pode ser um risco em se tratando da coleta de dados sem observância as normativas.

Os regramentos da Lei nº 13.853 de 08 de julho de 2019, traz consigo determinações onerosas e burocráticas, quando direcionada as pequenas empresas, gerando um grande desafio aos empreendedores, o que se mostra cada vez mais inviável estar em conformidade.

A publicação do Regulamento foi um importante passo, onde se espera alcançar ainda mais a privacidade e a proteção dos dados de forma normatizada, apesar de recente e, mesmo não estando totalmente pacificado, podemos dizer que é uma nova cultura de tratamento de dados.

O presente tema é de grande relevância social, pois abrange os titulares dos dados, bem como o controlador, mantendo a caracterização da vulnerabilidade com a proteção das pessoas que são atingidas pelo processamento e manipulação de dados de forma desregada, ferindo princípios constitucionais, contudo, também visa demonstrar a simplificação que as pequenas empresas necessitam, trazendo equidade, objetivando a efetiva aplicação da norma.

Apesar de carecer de informações adicionais por parte do próprio Regulamento, das jurisprudências e doutrinadores, é preciso destacar o tema, a fim de despertar o leitor diversos aspectos em questão, através de uma pesquisa direcionada com caráter informativo.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LOPES, Paula Ferla. ***Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes na lgpd: primeiras impressões.*** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1518/Tratamento+de+dados+pessoais+de+crian%C3%A7as+e+adolescentes+na+lgpd:+primeiras+impress%C3%B5es>. Acesso em 07 mar. 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. ***A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: TEPEDINO,***

Gustavo et al. (Coord.). Lei geral de proteção de dados e suas repercussões no direito brasileiro. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 505-530.

FURLANETTO, Ana Paula Vieira. **O impacto da LGPD na sociedade e os problemas causados pela coleta ilegal e manipuladora de dados pessoais.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58200/o-impacto-da-lgpd-na-sociedade-e-os-problemas-causados-pela-coleta-ilegal-e-manipuladora-de-dados-pessoais>. Acesso em: 10 mar. 2023.

COTS, M., & OLIVEIRA, R. (2019). **Lei geral de proteção de dados pessoais comentada.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

BRASIL. Ministério da Segurança Pública. Lei n.º 13.709/2018. **Lei Geral de Proteção de Dados**, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais. Brasília: MJSP, 2018.

ANPD, Guia Orientativo (2021). **SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO PARA AGENTES DE TRATAMENTO DE PEQUENO PORTE.** Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-vf.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2023.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD).** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARDOSO, Guilherme. **Como fica a LGPD para micro, pequenas empresas, startups e entidades sem fins lucrativos?** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/como-fica-a-lgpd-para-micro-pequenas-empresas-startups-e-entidades-sem-fins-lucrativos/1364428398>. Acesso em: 05 maio 2023.

SILBERSCHATZ, Abraham; **Sistema de banco de dados.** Tradução de Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

SANCHES, Carolina Gladys Rabelo; FALCÃO, Cintia M. Ramos. O que aconteceu no último episódio da 1ª temporada da LGPD. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-25/sanches-falcao-aconteceu-ultimo-episodiologpd#:~:text=Com%20um%20enredo%20repleto%20de,feira%2C%20dia%2018%2F9> Acesso em: 10 mar. 2023.

CREUZ, L. R. C., & LIMA, A. P. C. (2022). *Gargalos na resolução ANPD 2, de 27 de janeiro de 2022*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/371049/gargalos-na-resolucao-anpd-2-de-27-de-janeiro-de-2022>. Acesso em: 05 maio 2023.

FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (Coords.). *Lei geral de proteção de dados e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BLUM, Renato Opice et al. *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DANO MORAL A PESSOA JURÍDICA

RAILSON CORREA DA SILVA:
graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

DÉBORA JAQUELINE GIMENEZ FERNANDES FORTUNATO

orientadora

Resumo: Na seara do direito brasileiro existe a distinção entre pessoas naturais e pessoas jurídicas. Ambas, sujeitas de direitos e deveres, dotadas de personalidade, sendo a segunda formada pela reunião das primeiras, quais sejam, pessoas naturais, com uma finalidade comum e específica. Entre elas, pessoas naturais e jurídicas, há certas diferenças, como por exemplo a respeito dos chamados danos extrapatrimoniais, responsáveis pela indenização, quando do desrespeito a um direito intrínseco à honra psíquica da pessoa. Esclarecendo, é certo que a pessoa natural, é dotada de ânimo psíquico, com sentimentos subjetivos, de tristeza, alegria, constrangimento, entre outros, de outro lado, no tocante à pessoa jurídica, sabe-se que esse ânimo não está presente em sua concepção, e que dessa forma não seria possível reparação de uma lesão a sua honra, haja visto que não a possui. Contudo, em uma interpretação mais ampla pelo direito, se estabeleceu ser possível esse tipo de indenização, estendendo-se o conceito de honra, no que se refere a pessoa jurídica, a sua credibilidade e prestígio perante a sociedade. Isto posto, às máculas ao prestígio e credibilidade, serão passíveis de reparação por danos extrapatrimoniais. O presente trabalho visará esclarecer, a partir desta premissa, quais as formas possíveis de ser realizada essa indenização, de modo geral, o reconhecimento e a aplicabilidade nos casos concretos, e mais especificamente sobre a real eficácia da reparação, através de pesquisas bibliográficas em sites e livros, com o intuito de aprofundar na temática, aclarando os objetivos propostos e elucidando os principais pontos divergentes

Palavras-chave: Danos Extrapatrimoniais. Pessoa Jurídica. Honra.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dano Moral: Conceito. 3. Possíveis vítimas dos danos morais. 3.1 Da pessoa jurídica como vítima dos danos morais e sua honra objetiva. 4. Das formas de reparação dos danos morais sofridos pela pessoa jurídica. 5. Conclusão e referência.

1. INTRODUÇÃO

O dano moral consiste basicamente em um prejuízo causado por um agente a outrem, ferindo seus direitos de personalidade, afrontando sua honra objetiva e/ou subjetiva. Deste modo, a Constituição Federal do Brasil de 1988, visando a proteção dos direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana, dispôs acerca do dever de reparação dos danos morais.

Em consonância com isto, o Código Civil de 2002, ocupou-se de tratar também quanto à definição de dano moral, bem como o dever que se impõe ao agente causador do dano, frente a sua reparação.

Ocorre que, os danos morais estão ligados “iminentes” à pessoa humana, podendo ser apenas em certas situações extensíveis às pessoas jurídicas, mas nunca com relação aqueles direitos cuja própria existência esteja direta e indissociavelmente ligada à personalidade humana, já que, este diz respeito à proteção dos direitos de personalidade, ora salvaguardados, em regra, exclusivamente às pessoas naturais.

O fato é que, atualmente encontra-se pacificado o entendimento de que a pessoa jurídica, que também é ente personificado e dotado de direitos e deveres, assim como a pessoa natural, recebe proteção quanto a sua imagem empresarial e/ou comercial, diante de uma possível conduta que venha a lhe gerar prejuízos.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, dispôs sobre a aplicabilidade de danos morais às pessoas jurídicas, no teor da Súmula 227, no que diz respeito a tudo aquilo que possa ferir sua honra.

Merece ressalva o fato de que a pessoa jurídica tão somente recebe proteção quanto a sua honra objetiva, já que somente pode sofrer abalo em seu conceito público que projeta na sociedade, sendo, pois, imprescindível para a reparação de qualquer dano por ela sofrido, a prova de efetivo prejuízo no mercado, de modo que não se pode presumir o dano moral a pessoa jurídica, que não possui honra subjetiva, ou seja, é imune a sentimentos como dor, vergonha, sofrimento, angústia entre outros.

Ante o exposto, não há dúvidas quanto à possibilidade de ter a pessoa jurídica sua honra protegida, fazendo jus ao direito de indenização por danos morais, sempre que esta for vítima de um dano, o que, de outro modo importa destacar, é a forma pela qual se pode constatar de fato o prejuízo sofrido.

No mais, propõe-se o presente trabalho com o intuito de analisar os direitos inerentes à pessoa jurídica, bem como a forma de proteção a ela assegurada nos termos da legislação, sua eficácia e materialização nos cenários atuais.

2.DANO MORAL: CONCEITO

O dano moral é direito assegurado pelo Código Civil, nos artigos 186 e 927, além de ser constitucionalmente protegido, no Artigo 5º, inciso X. Leia-se:

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

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(..)

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

Art. 927. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Pelos dispositivos acima, aquele que ferir e/ou violar a honra, a intimidade, a imagem ou qualquer outro direito de personalidade de outrem, conforme artigo 11 do Código Civil⁹², fica obrigado a reparar o dano causado na proporção de sua extensão.

Segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, ao conceituar o dano moral assevera que:

“Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação” (GONCALVES, 2009, p.359

92 **Art. 11.** Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Veja-se, o instituto do dano moral foi criado na intenção de proteger a honra subjetiva do ser humano, ou seja, preza pela proteção do próprio sentimento individual de maneira intrínseca, tendo em vista a ocorrência de um dano contra sua saúde psíquica, pela violação e desrespeito a um de seus direitos de personalidade.

Ademais, tendo em vista seu caráter imaterial, sua reparação é de natureza compensatório, e nesse sentido, todos os fatos e circunstâncias, devem ser levados em consideração na apreciação e julgamento de um caso concreto pelos julgadores, que devem se ater a fixar um valor suficiente a compensar toda dor e sofrimento enfrentado pela vítima, e ao mesmo tempo preservar o caráter punitivo pedagógico dessa modalidade de indenização, nunca perdendo de vista as condições econômicas e sociais das partes envolvidas.

Muito embora a aplicabilidade da indenização por danos morais, a princípio seja destinada unicamente as pessoas naturais, já que estas são as únicas dotadas de honra subjetiva, as pessoas jurídicas, atualmente, são vistas como possíveis vítimas de danos morais, em que pese atos lesivos a sua honra objetiva.

Os entendimentos na doutrina e jurisprudência atualmente encontram-se pacificados, pois a sociedade passou a considerar que a pessoa jurídica também merece ser indenizada e reparada por danos que eventualmente venham a ferir seu nome, sua imagem, e seus direitos perante terceiros.

Apesar de visualmente ser difícil imaginar como uma pessoa jurídica pode vir a ser vítima de um dano moral, é preciso entender que está também tem um nome a zelar, uma imagem e uma boa fama a manter, de modo que qualquer ato lesivo a um de seus direitos, também merece reparação.

Segundo o civilista Sílvio de Salvo Venosa:

"em se tratando de pessoa jurídica, o dano moral de que é vítima atinge seu nome e tradição de mercado e terá sempre repercussão econômica, ainda que indireta. De qualquer forma, a reparabilidade do dano moral causado à pessoa jurídica ainda sofre certas restrições na doutrina e na jurisprudência, principalmente por parte dos que defendem que a personalidade é bem personalíssimo, exclusivo da pessoa natural. Para essa posição, seus defensores levam em consideração que dano moral denota dor e sofrimento, que são exclusivos do Homem. Não são, entretanto, somente dor e sofrimento que traduzem o dano moral, mas, de forma ampla, um desconforto extraordinário na conduta do ofendido e, sob esse

aspecto, a vítima pode ser tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica"

Isto posto, não restam dúvidas de que o dano a moral seja de pessoa natural ou jurídica merece ser reparado de forma compensatória. No mais em que pese o dano sofrido pela pessoa jurídica, e sua forma de reparação, ocupa-se a seguir o presente trabalho de explanar melhor referido assunto.

3.POSSÍVEIS VÍTIMAS DOS DANOS MORAIS

Primordialmente, cabe esclarecer, em uma visão geral, todos os sujeitos a sofrerem lesões de fatos danosos. Nesse sentido, serão protegidos e reparados todos aqueles que de algum modo suportarem reflexos negativos, seja de forma direta ou indireta, por uma ofensa aos direitos de ordem moral quanto a sua pessoa.

Então, podem ser agente passivo, vítima, de danos morais, qualquer pessoa, sem restrições, que tenha sofrido algum/qualquer prejuízo à direitos de ordem moral, que se enquadre na aplicação legal.

No tocante a pessoa física, segue-se as linhas gerais, não se exigindo qualquer requisito ou pressuposto pessoal para estar inclusa no polo passivo, e ter seu direito reparado. Ressaltando-se até mesmo quanto aos direitos do de cujus, que devem ser protegidos integralmente, pelos herdeiros, e pelo Estado.

Ademais, exige-se a presença dos requisitos formais, necessários para configurar o Dano Moral, sendo eles, a prática de um ato ilícito, a ocorrência de um dano, e o nexo causal entre o ato, por dolo ou culpa, por omissão ou ação, e o constrangimento a pessoa.

Em vias judiciais, deverá, portanto, para ensejar reparação, estar provado e ato ilícito, o dano, além de demonstrado o nexo causal, entre a conduta e o resultado danoso.

De acordo com a definição de Wilson Mello da Silva, os danos morais:

"são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição o patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico." (MELLO DA SILVA, 1999)

De outro modo, existe uma discussão no que tange a pessoa jurídica, como vítima de danos morais e seu direito de reparação, conforme será abordado a seguir. Porém, de pleno, em linhas gerais, há alguns entendimentos, desfavoráveis, por dizerem que essas pessoas não seriam sujeitas aos direitos de personalidade, por não possuírem honra

subjetiva. Logo, não sendo sujeitas de direitos de personalidade, não sofreriam danos morais, e não seriam possivelmente reparadas.

Noutro giro, esse entendimento já foi superado, e atualmente a posição doutrinária e jurisprudencial que prevalece é no sentido de que, sim, a pessoa jurídica poderá ser sujeita passiva de danos morais.

Em suma, pode ser extraído de todo o exposto, que, agora, em regra geral, todas as pessoas, sejam físicas ou jurídicas, poderão ser vítimas de danos a sua moral, e conseqüentemente podem buscar a reparação desse prejuízo na seara jurídica, desde que presentes os requisitos formais.

3.1 Da pessoa jurídica como vítima dos danos morais e sua honra objetiva

A pessoa jurídica não se refere a um ente concreto, e sim, abstrato, na forma que reúne vontades de pessoas físicas, consoante a lei e seus atos constitutivos, para realizarem atividades específicas. Contudo, legalmente ela não é apenas um grupo de vontades, é, também, uma pessoa sujeita de direitos e obrigações, com personalidade própria.

Assim, quando se fala que o ente possui personalidade própria, isso significa que independente das pessoas que a compõem, ela se responsabilizará e será responsabilizada por seus atos, até o limite em que couber.

Em razão disso, apesar de possuírem a personalidade própria, alguns doutrinadores entendiam que faltava o *ânimo anímico*, ou seja, a psique dessa pessoa, em sentir dissabor, ou se envergonhar com ofensas a sua moral. E, baseados nesse entendimento, se negavam a aceitar que poderiam ser sujeitos de uma indenização por danos morais.

Todavia, esse entendimento foi alterado, e evoluiu, pacificando-se na jurisprudência pelo Supremo Tribunal de Justiça, conforme a Súmula 227: *“a pessoa jurídica pode sofrer danos morais”*. O principal ponto que fundamenta essa afirmação, tem alicerce na diferença entre a honra subjetiva e a objetiva.

Ao tratar-se da honra subjetiva, pode-se dizer que está se refere ao sentimento da pessoa com si mesmo, ou seja, o seu juízo próprio. Já, na objetiva, o juízo é feito por terceiros, assim outras pessoas formam conceito, ou atribuem valores positivos ou negativos a outrem.

Nesse sentido, feita a diferenciação, ao relacionar a pessoa jurídica com danos morais, pode-se dizer, que ela poderá ser sujeita a uma reparação no que tange a sua honra objetiva, ou seja, sua imagem e nome perante terceiros, no meio social. É o que se retira do artigo 52, do Código Civil: *“aplica a pessoa jurídica, no que couber, o disposto quanto aos direitos da personalidade”*.

De todo o exposto, se extrai que, certamente pode a pessoa jurídica ser sujeita a reparação de danos morais. Porém, deve ser ressaltado que esse dano será sempre de ordem objetiva, uma vez que, ela não possui psique, mas em contrapartida deve ser integralmente protegida no tocante a sua imagem e nome, perante o meio social.

É o que se pode retirar de entendimento, conforme fundamento utilizado pelo Relator Jose Divino, ao julgar um Acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA. PESSOA JURÍDICA. DIREITO À IMAGEM. HONRA OBJETIVA. DANO MORAL. CONFIGURADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I - Embora a pessoa jurídica não disponha de honra subjetiva, é titular de honra objetiva, consistente na reputação que goza perante terceiros, a qual, se maculada, poderá acarretar prejuízos na sua vida comercial. A inclusão indevida do nome da empresa nos órgãos de proteção ao crédito causa dano moral, pois prejudica sua reputação. II - O valor da compensação por danos morais deve ser informado por critérios de proporcionalidade e razoabilidade, observando-se as condições econômicas das partes envolvidas, bem assim a natureza e a extensão do dano. III - De acordo com o disposto no §2º do art. 85 do CPC, em regra, os honorários advocatícios são arbitrados sobre o valor da condenação ou do proveito econômico, ou, não sendo possível mensurar este, sobre o valor da causa, observados os critérios balizadores dos incisos I a IV do mesmo parágrafo. IV - Negou-se provimento aos recursos. (Acórdão 1228810, 07195026120188070007, Relator: JOSÉ DIVINO, Sexta Turma Cível, data de julgamento: 5/2/2020, publicado no PJe: 19/2/2020.)

No caso, em questão, o dano moral a pessoa jurídica foi causada em razão de ter seu nome social inserido de forma indevida nos órgãos de proteção ao crédito. Ou seja, perante o meio social, aquela empresa ficou com sua reputação abalada, uma vez, que foi desqualificada por estar negativada.

Ainda pode-se perceber que o Douto Relator, faz menção quanto a inexistência de honra subjetiva, mas afirma, a existência da honra objetiva, a qual merece proteção. Sendo assim, conclui-se que para o entendimento jurisprudencial atual, e aplicação em casos práticos, a pessoa jurídica é passível a sofre danos morais, e, portanto, poderá ser indenizada, na forma da lei.

4. DAS FORMAS DE REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS SOFRIDOS PELA PESSOA JURÍDICA

No tocante a sua reparação, quase sempre é de forma pecuniária, porém, importante salientar, que existem outros meios reparatórios, como por exemplo, um pedido de desculpas ou uma nota de retratação publicamente no mesmo meio em que se propagou a notícia lesiva. Meios esses, ainda não utilizados frequentemente, mas que se faz pensar, serem mais eficazes na reparação do dano, a depender do caso, do que se fosse por cunho pecuniário.

Cabe esclarecer que no Direito Brasileiro, reconhece-se que a reparação do dano moral tem natureza compensatória, ou seja, reparar o sofrimento causado a vítima, e disciplinar, com o objetivo de punir o agente para evitar que a conduta se repita.

É o que cita o Enunciado nº 39 da IV Jornada de Direito Civil, in *verbis*: “O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

Ainda, resta esclarecer que a reparação dos danos morais, não está vinculada a compensação por estragos a bens patrimoniais, mas sim, a bens de ordem moral, ligados a honra subjetiva e objetiva das pessoas.

Nesse sentido, será necessário que a pessoa jurídica comprove o efetivo dano moral a sua imagem ou nome diante do meio social, por meio de provas específicas a depender caso a caso, em vistas de que, esse abalo não poderá ser presumido, como ocorre com a pessoa natural.

No que tange ao quantum indenizatório, geralmente, segue-se os termos da lei como referência inicial. Assim, deverão ser de acordo com a extensão do dano causado, conforme os artigos 944 e 945 do Código Civil⁹³.

O Magistrado, seguindo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, verificando-se a extensão dos danos causados, terá o arbítrio de fixar a indenização cabível ao caso. Nesse sentido, veja:

QUANTUM INDENIZATÓRIO – DANO MORAL: O dano moral possui natureza jurídica compensatório-punitiva e visa compensar

93 Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

financeiramente a dor sofrida pelo lesado, tendo por finalidade punir o lesante. Assim, o valor arbitrado não pode ser tão elevado a ponto de gerar um enriquecimento sem causa para o lesado, nem ser tão ínfimo que não sirva de lição ao lesante, para que tenha receio e não mais pratique a conduta lesiva. (TRT 17ª R., ROT XXXXX-84.2017.5.17.0011, Divisão da 1ª Turma, DEJT 26/11/2019)

Nesses termos, entende-se que o *quantum* da reparação acerca do dano moral sofrido, caberá ao Magistrado, pautando-se nas especificidades do caso concreto e dos princípios e normas legais, para que então chegue a um valor razoável a título de indenização.

Seguindo essa linha de entendimento, em sede de Apelação Cível julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi decidido o quanto segue:

DANO MORAL – PESSOA JURÍDICA - HONRA OBJETIVA - OCORRÊNCIA – A pessoa jurídica é vítima de dano moral nas hipóteses em que tem sua reputação, seu bom nome ou sua imagem abaladas perante a sociedade, independentemente de tal circunstância gerar alguma repercussão direta e imediata sobre seu patrimônio – Acusações infundadas da prática de atos contrários ao direito (nepotismo, pagamento de polpudos salários a pessoas próximas da presidente, malversação de dinheiro da entidade autora etc.) mostram-se mais do que suficientes para a caracterização de dano moral à pessoa jurídica apelante, prestadora de relevantes serviços à população portadora de necessidades especiais, independentemente da existência de reflexos patrimoniais – Sentença de improcedência que merece reforma – Dano moral configurado – Indenização fixada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) - RECURSO DA AUTORA A QUE SEDÁ PROVIMENTO – RECURSO ADESIVO - Deserção – NÃO CONHECIMENTO. (TJ-SP – APELAÇÃO CÍVEL: AC XXXXX20098260505 SP XXXXX- 29.2009.8.26.0505)

Em suma, é concisa a ideia de que a pessoa jurídica pode ser sujeita a sofrer danos morais quanto a sua honra objetiva. Ademais, quanto a reparação, prevalece a aplicação do quantum pelo Julgador do caso, baseado na proporcionalidade e razoabilidade da extensão do dano.

5. CONCLUSÃO

Perante todo o quanto dito, é possível afirmar que a pessoa jurídica, sem dúvidas, é sujeita a sofrer e ser indenizada por danos morais, já que, ainda que detentora somente de uma honra objetiva, merece uma proteção a cerca de seu nome, sua imagem, prestígio e credibilidade.

A ofensa injusta a honra objetiva, de certa pessoa jurídica, a depender do caso, pode ser inclusive muito maior que aquela sofrida por uma pessoa natural, já que quando falamos de uma honra definida por terceiros, manter sua reputação e uma idoneidade empresarial é algo de extrema importância.

Isto posto, é direito da pessoa jurídica a devida reparação por danos morais, sempre que sua imagem for lesada publicamente, num quantum equivalente e suficiente a reparar todo o prejuízo suportado.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. BRASÍLIA, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 27 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão nº 1336327**. Diário de Justiça

Eletrônico. Brasília. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1336327. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASILEIROS, Associação de Advogados (comp.). **CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DAS**

PESSOAS JURÍDICAS. Disponível em: Conceito e classificação das pessoas jurídicas.

Acesso em: 27 out. 2022.

Cfr. STJ, 3.^a T., REsp 1032014-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.5.2009, DJ 4.6.2009: "*O dano moral corresponde, em nosso sistema legal, à lesão a direito de personalidade, ou seja, a bem não suscetível de avaliação em dinheiro [...] Certos direitos de personalidade*

são extensíveis às pessoas jurídicas, nos termos do art. 52 do CC/02 e, entre eles, se encontra a identidade".

COSTA, D. R. L. F. D. Dano à imagem da pessoa jurídica de direito público. **São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book.**

NASCIMENTO, Marcelo C Máscara. **O dano moral da pessoa jurídica.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/156858/o-dano-moral-da-pessoa-juridica>. Acesso em: 05 out. 2022.

RABELO, Crislaine Alves. DANO MORAL DA PESSOA JURÍDICA. 2018. 36 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Unievangélica, Anápolis, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/escritorio/Desktop/Monografia%20-%20Crislaine%20Alves.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

MACHADO, Bruna Werling Navas. **O dano moral da pessoa jurídica.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35268/o-dano-moral-da-pessoa-juridica>. Acesso em: 10 maio 2023

SÁ, Gillielson. **O que é dano moral? Conceito, características básicas e dispositivos legais pertinentes.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-que-e-dano-moral-conceito-caracteristicas-basicas-e-dispositivos-legais-pertinentes/512201765>. Acesso em: 10 maio 2023.

CRIMES DE TRÂNSITO CAUSADOS POR EMBRIAGUEZ, DOLO EVENTUAL OU CULPA

ELISVALTER BRITO DE FRANÇA:
graduando pelo Centro Universitário
Católica de Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo os crimes de embriaguez no trânsito, com a aplicação do dolo eventual ou da culpa consciente, tendo em vista que, o tema se apresenta bastante polêmico quando se analisam os diferentes entendimentos dos tribunais sobre qual modalidade (dolo eventual ou culpa consciente) deve ser aplicada em cada caso concreto. O Código de trânsito brasileiro sofreu várias modificações com o intuito de deixar a norma penal mais rígida, haja vista o elevado número de acidentes com condutor embriagado. Nesse sentido, objetiva-se analisar a aplicação do dolo eventual ou culpa consciente em casos de acidentes de trânsito causados por embriaguez ao volante. Diante disso, para promover os objetivos traçados, utilizou-se como recurso metodológico, a revisão bibliográfica, atrelados ao método qualitativo e descritivo, o qual permitiu obter os dados necessários para a elaboração do presente artigo. Chegam-se aos resultados e conclusão que, há dificuldade de distinguir esses dois institutos (dolo eventual ou culpa consciente), em razão disso, o fator determinante para a aplicação do dolo eventual e a culpa consciente no que diz respeito aos acidentes de trânsito ocasionados por embriaguez é certamente a interpretação individualizada de cada caso, considerando as particularidades do condutor.

Palavras-chave: Embriaguez ao volante. Código de trânsito brasileiro. Culpa consciente. Dolo eventual.

ABSTRACT: This article has as its object of study the crimes of drunkenness in traffic, with the application of eventual intent or conscious guilt, considering that the subject is quite controversial when analyzing the different understandings of the courts on which modality (possible intent or conscious guilt) must be applied in each specific case. The Brazilian traffic code has undergone several changes in order to make the criminal rule more rigid, given the high number of accidents with drunk driver. In this sense, the objective is to analyze the application of eventual intent or conscious guilt in cases of traffic accidents caused by drunk driving. Therefore, to promote the objectives outlined, the bibliographic review was used as a methodological resource, linked to the qualitative and descriptive method, which allowed us to obtain the necessary data for the preparation of this article. The results and conclusion are reached that, it is difficult to distinguish these two institutes (possible intent or conscious guilt), because of this, the determining factor for the application of eventual

intent and conscious guilt with regard to traffic accidents caused for drunkenness is certainly the individualized interpretation of each case, considering the particularities of the driver.

Keywords: Drunkenness behind the wheel. Brazilian traffic code. Conscious guilt. Possible deceit.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Teoria do crime 2.1 Distinção de dolo e culpa sob o prisma da teoria do crime 3 O crime de embriaguez ao volante sob a ótica das mudanças na Lei de Trânsito 4 Posicionamento dos tribunais brasileiro sobre a configuração do dolo eventual e da culpa nos crimes de homicídio no trânsito causados por embriaguez ao volante 5 Conclusão Referências

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto para o referido artigo é: crimes de trânsito causados por embriaguez, dolo eventual ou culpa, uma vez que, este tema vem causando grandes discussões em relação a sua classificação como dolo eventual, onde o agente não deseja o resultado, mas assume o risco de produzi-lo ou se deve ser julgado a título de culpa, onde, apesar de dar a ele causa o agente não quer e nem assume o risco de produzir o resultado.

A aplicabilidade do dolo eventual ou culpa consciente em acidentes de trânsito resultantes em homicídios por embriaguez ao volante é um tema polêmico no ordenamento jurídico pátrio, pois há doutrinadores e posicionamentos jurisprudenciais que entendem que cabe a modalidade culposa, principalmente pela justificativa de que o condutor não ingere bebida alcoólica com o intuito de praticar o ato de homicídio. Em contrapartida, há outros que discordam, pois no dolo, o condutor assume e aceita o risco sendo, portanto, responsável, enquanto que na culpa ele acredita seguramente em sua não ocorrência.

Diante disso, a questão problema do presente artigo é: os crimes de homicídios no trânsito causados por embriaguez devem ser entendidos como culpa consciente ou dolo eventual?

Nesse sentido, a aplicabilidade do dolo eventual ou culpa consciente em acidentes de trânsito decorrentes de embriaguez ao volante dependerá de cada caso concreto. Pois, o dolo eventual pode ser aplicado em situações em que o agente além de ter ingerido bebida alcoólica, tenha tido outros fatores que influenciaram no resultado, como por exemplo, conduzir o veículo acima da velocidade permitida, aceitando, dessa forma, as

possíveis consequências. Já a culpa consciente existindo dúvidas sobre o elemento subjetivo, a infração penal deve ser classificada para a modalidade culposa.

Assim, este artigo tem como objetivo geral analisar sob a ótica jurídica a aplicação do dolo eventual ou culpa consciente em casos de acidentes de trânsito causados por embriaguez ao volante. No que concernem os objetivos específicos, buscou-se: distinguir dolo eventual de culpa consciente determinando como devem ser aplicados em cada caso concreto; analisar a Lei nº 9.503/1997, a qual sofreu várias modificações; avaliar e demonstrar através de estudos doutrinários e jurisprudenciais a atual posição dos juristas acerca da culpa e do dolo eventual nos homicídios no trânsito causados por condutores embriagados.

O tema abordado no presente artigo é de suma relevância para o mundo acadêmico bem como para a sociedade, pois as mortes no trânsito causadas por embriaguez ao volante crescem de forma demasiada a cada dia e ao mesmo tempo, tribunais e doutrinadores tem posicionamentos divergentes sobre a aplicação de culpa consciente ou do dolo eventual, não havendo até o momento posição judicial unânime sobre a aplicabilidade destes institutos nos crimes de acidentes de trânsito decorrentes de embriaguez ao volante.

Para o desenvolvimento do aludido artigo, utilizou-se como recurso metodológico, a pesquisa bibliográfica, realizada por meio de análises e comparações de preceitos legais, doutrinários, jurisprudenciais e artigos divulgados no meio eletrônico, que ponderam sobre o tema. O método de abordagem adotado é o qualitativo e o descrito, ou seja, os dados da pesquisa continuam sendo estudado e não há como exaurir o tema, tendo em vista que novos dados serão pesquisados no futuro sobre o tema em apreço.

Faz parte da estrutura do artigo, a introdução, o desenvolvimento, o qual foi dividido em três capítulos, sendo que, o primeiro trata sobre a distinção de dolo e culpa sob o prisma da teoria do crime, haja vista que, há dificuldade de distinguir esses dois institutos e, é de suma relevância para a compreensão do tema.

No segundo capítulo será abordado sobre o crime de embriaguez ao volante sob a ótica das mudanças na Lei de Trânsito, uma vez que, a Lei nº 9.503/1997, sofreu várias modificações com o intuito de deixar a norma penal mais rígida.

No último capítulo será averiguado a respeito do posicionamento dos tribunais brasileiro sobre a configuração do dolo eventual e da culpa nos crimes de homicídio no trânsito causados por embriaguez ao volante, tendo em vista que, na atualidade há acirradas discussões no que tange a configuração do dolo eventual e da culpa consciente nos crimes de homicídio no trânsito causados por embriaguez ao volante.

Por fim, serão apresentadas as devidas conclusões, com o escopo de ratificar o que fora exposto no presente artigo.

2 TEORIA DO CRIME

De acordo com o Código Penal, ao tratar do crime, não estabelece uma definição concreta, de maneira que a definição do ilícito ficou incumbida pelos operadores do Direito. Segundo a Lei de Introdução ao Código Penal, em seu artigo 1º, fornece de maneira genérica o conceito de crime “Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa” (BRASIL, 1941)

Em razão disso, alguns doutrinadores se empenharam em estabelecer uma definição de crime. Neste sentido, Milhomem (2014, p. 49) define crime como: “(...) conduta descrita na legislação (Código Penal ou legislação autônoma) que viola um bem da vida considerado de grande importância pra a manutenção da paz social.”

Em verdade, a teoria do crime é a base do Direito Penal, é um componente do ramo penal que almeja trazer uma conceituação geral do que é o delito. Para Greco (2020), no que concerne a teoria do crime, não se pode esquecer que o crime tem o atributo de ser incapaz de fragmentação, tendo em vista que é um todo singular.

Além do mais, há discussão sobre o dolo e a culpa frente à teoria do crime. Durante muito tempo vem se questionando a cabida posição desses institutos introduzidos na compreensão de crime. Para se chegar a uma resposta satisfatória, se faz necessário uma prévia análise sobre esses institutos com ênfase nos crimes de trânsito, tendo em vista ser o alvo do presente artigo.

2.1 Distinção de dolo e culpa sob o prisma da teoria do crime

Antes, de adentrar na distinção de dolo e culpa com ênfase nos crimes de trânsito, se faz necessário diferenciar mesmo que de maneira sucinta, dolo e culpa, tendo em vista que pairam dúvidas sobre a distinção desses institutos no Direito Penal.

O determinante elemento para distinguir esses dois institutos é a vontade de quem comete um ato ilícito. Por vontade, deve-se abranger tanto a intenção quanto o objetivo de se alcançar determinado resultado.

O artigo 18, do Código Penal, traz a diferenciação desses dois institutos no crime, denominando de crime doloso (inciso I) “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” e crime culposo (inciso II) “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

Na concepção de Greco (2020), o dolo é toda vontade humana causadora de um resultado, já a culpa é a ausência de uma vontade que causou o resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Aliás, a vontade é um item que sem ela não se pode configurar como dolo. Basta que o agente queira, tenha a vontade de desempenhar aquela conduta e saiba o que faz e que aquilo é lesivo, para a configuração do dolo.

Em linhas gerais, dolo é a manifestação de uma vontade, abrangendo intenção e objetivo. De modo geral, um crime doloso visa a ser mais grave do que um crime culposo. Exemplificando, é um homicídio que alguém quis matar outrem e assim o fez. Já no homicídio culposo, o agente acabou matando alguém em detrimento de uma ação que não tinha a finalidade daquele resultado.

A distinção entre dolo e culpa torna-se ainda mais compreensível quando se entende o que é culpa, pois um crime culposo não ocorre meramente porque alguém não tinha a intenção de que ele ocorresse. A culpa aparece de três tipos diferentes de conduta: a negligência, a imprudência e a imperícia.

A negligência é a ausência de cuidado ou desatenção no que se refere ao ato realizado. Já na negligência o agente deixa de desempenhar certa ação que a prudência estabelece, na imprudência ele efetua uma conduta na qual a cautela indica que não deve ser realizada (JESUS, 2015). Quanto à imperícia, é quando ocorre uma inaptidão breve ou não do agente, para a atuação de sua profissão ou ofício. A imperícia está atrelada ao exercício de sua função (GRECO, 2020).

Exemplificando a diferença entre dolo e culpa é imaginar que o agente X dá um tiro no agente Y, ele agiu dolosamente, pois ele assumiu o risco e quis o resultado de matá-lo. Agora em outro exemplo, o agente X, deixa seu revólver cair da sua mochila sem querer, e ao bater no chão ele dispara e mata o agente Y, ele não desejou e nem assumiu o risco de matar o agente Y, mas agiu com imprudência, porque ninguém deveria andar com uma arma destravada em uma mochila ou item semelhante.

Compreendido a distinção de dolo e culpa mesmo que de forma genérica e sucinta, o presente artigo se dedica a compreender as diferenças na aplicação do dolo eventual e da culpa consciente, almejando conseguir como resultado a possibilidade de uma melhor aplicabilidade dos referidos institutos, sobretudo, na esfera dos crimes de trânsito.

Segundo o Código Penal, existe dolo não apenas quando o agente quer o resultado (conduz sua conduta designadamente para um certo resultado – dolo direto), mas também quando ele manifesta o risco de determinar um resultado previsto (dolo eventual). Em linhas gerais, há dolo (dolo eventual) quando o agente “assume o risco” de ocasionar o resultado delituoso.

A expressão “assumir o risco” estabelecido pela lei, faz com o que o dolo eventual se aproxime da definição de culpa consciente, o que faz motivar, conseqüentemente, diversos problemas práticos na aplicação de tais institutos.

Pois, o dolo eventual é a vontade do agente que não está sendo conduzida para a aquisição do resultado, mas sim para algo diferente; sendo que mesmo prevendo que “o evento possa ocorrer, o agente assume o risco de causá-lo. Essa possibilidade de ocorrência do resultado não detém o agente e ele pratica a conduta, consentindo no resultado” (BARROSO, 2016, p. 03).

Exemplificando, o dolo eventual, seria dirigir a 200km/h na Avenida Teotônio Segurado, cidade de Palmas/TO. O motorista não está com pretensão de matar alguém, mas é fato que dirigir a 200km/h na Avenida Teotônio Segurado, provavelmente ocasionará a morte de alguém. Se o motorista mata alguém, então poderá ser enquadrado no homicídio com dolo eventual, uma vez que, ele assumiu o risco de causar a morte de alguém.

Já o dolo eventual (ou indireto) encontra-se previsto no artigo 18, inciso I (parte final) do Código Penal. No entendimento de Ganem (2017) esse instituto trata-se da vontade do agente conduzida a um resultado determinado, contudo abrangendo a possibilidade de incidente de um segundo resultado, não aspirado, mas admitido, ligado ao primeiro.

No que concerne a culpa consciente, esta encontra-se prevista no artigo 18, inciso II do Código Penal. De acordo com Ganem (2017), a culpa consciente é também denominada por culpa com previsão, isto é, incidindo quando o agente prevê que sua conduta pode levar a um determinado resultado prejudicial, mesmo que, ele creia, que tal acontecimento não se realizará, acreditando na sua vontade para evitar o resultado.

Observa-se que esses institutos são diferentes, pois enquanto no dolo eventual o agente não se importa com a efetivação do resultado, sendo um indiferente, na culpa consciente o agente espera que o resultado não ocorra.

Contudo, quando se trata dos casos de homicídios no trânsito, é muito problemática a distinção desses institutos, pois há entendimentos se o condutor está embriagado lhe é atribuído o crime de homicídio doloso, mesmo que nos autos não tenha um elemento concreto pelo menos de que o agente de fato tenha agido com dolo eventual.

Em contrapartida, o próprio Código de Trânsito Brasileiro, com a alteração dada pela Lei nº 11.705/2008 (Lei Seca) passou a admitir a existência de crime culposos em condição de embriaguez do condutor. Segundo o artigo 291, § 1º, inciso I, do CTB proíbe a aplicação

dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.009/95 quando a lesão culposa for cometida em condição de embriaguez do condutor. Em síntese, o legislador refere-se à lesão culposa em condições de embriaguez.

Na concepção de Ganem (2017, p.09) na situação de embriaguez do condutor se fala apenas em culpa consciente. Pois, "ao conduzir o veículo sob efeito de álcool, o condutor acredita e espera, sinceramente, que o resultado não se realize, conseguindo, assim, chegar ao seu destino sem que nada aconteça, agindo, conseqüentemente, com culpa consciente".

Para Carvalho (2018) para a aplicabilidade do dolo eventual nos crimes de trânsito, é necessário um número maior de informações comprobatórias, não se prendendo somente ao fato do motorista estar embriagado, trazendo mais possibilidade de elementos e argumentações nessas situações.

Dessa forma, verifica-se que, a diferenciação dos institutos do dolo eventual e da culpa consciente nos crimes de trânsito é bastante complexa, tendo em vista que a decisão sobre atribuir ou não ao crime doloso esta sujeita a aspectos psicológicos do agente. O dolo eventual e a culpa consciente se distinguem pelo aspecto psicológico, que provoca bastante discussão, uma vez que, é muito difícil determinar se o agente teve culpa consciente ou dolo eventual neste caso.

3 O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE SOB A ÓTICA DAS MUDANÇAS NA LEI DE TRÂNSITO

O Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Lei nº 9.503/97, estabelece que, cometer homicídio culposo em direção de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada por consumo de bebidas alcoólicas implica em suspensão ou proibição de se obter permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, além de pena de reclusão.

Uma década depois, ocorreram alterações significativas no Código de Trânsito Brasileiro, na esfera administrativa e penal sobre a conduta de dirigir sob influência de álcool, tratando-a com maior severidade. Com o advento da Lei nº 11.705/08, conhecida popularmente como "Lei Seca", além da Lei nº 12.760/2012, estas sanaram algumas dúvidas e lacunas legais que dificultavam uma punição efetiva do crime de embriaguez ao volante.

Desta feita, a Lei Seca surgiu com a finalidade de dedicar um tratamento mais rigoroso aos motoristas que dirigissem embriagados. Além do mais, a referida lei foi criada com o objetivo de diminuir os inúmeros acidentes de trânsito causados sob a influência de álcool em nosso país.

Ressalta que a mudança introduzida pela Lei Seca está instituída na criminalização da embriaguez ao volante, estabelecida por meio do artigo 306 do CTB. Anterior a sua vigência a redação desse dispositivo presumia ser necessário o perigo concreto para caracterizar o crime. E, o fato de dirigir embriagado era considerado como contravenção penal.

Nesse sentido, Gonçalves relata:

Antes do advento da Lei nº. 11.705/2008, o tipo penal do crime de embriaguez ao volante expressamente exigia que o agente dirigisse o veículo de forma a expor a dano potencial a incolumidade de outrem. Assim, se o sujeito estivesse dirigindo corretamente ao ser parado por policiais, não incorreria em crime. A tipificação pressupunha uma direção anormal em razão da influência de álcool: em zigue-zague ou na contramão, dando “cavalo de pau”, empinando motocicleta etc [...]. (GONÇALVES, 2012, p. 204).

Contudo, essa alteração não foi satisfatória e por tal razão, o *caput* do artigo 306 sofreu novas mudanças por intermédio da Lei nº 12.760/12, passando a estabelecer que:

Art. 306 Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Com a mudança ocasionada pela Lei nº 12.760/12, o crime passou a incidir pela condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em detrimento da influência de álcool ou de outra substância psicoativa, pouco importando a quantidade de substância no organismo.

A mudança do CTB, pela Lei nº 12.760/12, teve como finalidade principal rebater o posicionamento dos Tribunais Brasileiro, que vinham se manifestando no sentido da obrigatoriedade de determinação da quantidade de álcool no organismo do motorista, uma vez que, a redação anterior do artigo 306 estabelecia a quantidade mínima de seis decigramas de álcool por litro de sangue. Com a nova redação, passou a ser possível punir criminalmente os condutores que são flagrados com visível influência de álcool, mas rejeitam a submeter aos testes de alcoolemia, sendo possível, de acordo com o seu § 2º, a

configuração do crime inclusive através de vídeo e prova testemunhal da condição do motorista acusado.

Não obstante as alterações sofridas no Código de Trânsito Brasileiro no que se refere ao crime de embriaguez ao volante, recentemente o CTB passou por alterações por meio da Lei nº 13.546/17, a qual foi criada com a finalidade de tornar o Código de Trânsito Brasileiro mais rigoroso.

Com o intuito de diminuir o número de acidentes, a Lei nº 13.546/17 majorou a punição para condutores alcoolizados que se envolvessem em acidentes de trânsito e causasse conseqüentemente à morte. A pena prevista, que antes era de 2 a 4 anos de detenção, passou a ser de 5 a 8 anos de reclusão, consoante artigo 302, §3º.

Nesse sentido, o artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro com as seguintes alterações:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

V - (Revogado pela Lei nº 11.705, de 2008)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 13.281, de 2016)

§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Incluído pela Lei nº 13.546, de 2017) (Vigência)

Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (Incluído pela Lei nº 13.546, de 2017) (Vigência) (BRASIL, 1997)

Verifica-se no dispositivo acima citado, a inclusão do parágrafo 3º e da questão referente à penalização aplicada àquele que, estando sob o efeito de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que gere dependência, conduzindo veículo automotor, acarretando em resultado disso, homicídio culposo de trânsito, aplica-se pena que, inicialmente, varia entre 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

Com efeito, no artigo 303 do Código de Trânsito Brasileiro implementou uma punição ao sujeito que, encontrando-se com a capacidade psicomotora alterada em detrimento da influência de álcool ou outra substância psicoativa que cause dependência, venha a realizar tal delito:

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do § 1o do art. 302.

§ 2º A pena privativa de liberdade é de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo, se o agente conduz o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima. (Vigência) (BRASIL, 1997) (Grifo do autor)

Em linhas gerais, aplica-se uma pena rigorosa para obstar a prática de tal conduta, sobretudo se averiguar que o *caput* indica penas que variam entre 6 (seis) meses e 2 (dois) anos.

Destarte, observa-se que houve mudanças na legislação de trânsito, principalmente, no que diz respeito ao crime de embriaguez ao volante no trânsito. Descritas e analisadas os dispositivos alterados, se faz necessário analisar o posicionamento jurisprudencial

brasileiro acerca da aplicabilidade de dolo eventual ou culpa sobre crimes de homicídio no trânsito causados por embriaguez.

4 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIRO SOBRE A CONFIGURAÇÃO DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA NOS CRIMES DE HOMICÍDIO NO TRÂNSITO CAUSADOS POR EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Recentemente, vem se discutindo no ordenamento jurídico pátrio sobre o posicionamento dos Tribunais Brasileiro, no que concernem os crimes de homicídio no trânsito causados por embriaguez, isto é, sua configuração é dolo eventual ou culpa? A discussão gira em torno dos crimes de homicídios praticados na direção de veículo automotor por motoristas sob o efeito de bebida alcoólica.

Tem-se na atualidade acirradas discussões no que tange a configuração do dolo eventual e da culpa consciente nos crimes de homicídio no trânsito causados por embriaguez ao volante.

Nesse sentido, a 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu que no acidente de trânsito causado por embriaguez do condutor ficou configurado culpa consciente, conforme se verifica na ementa do julgamento abaixo:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. HOMICÍDIO. MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. DESCLASSIFICAÇÃO. CRIME DIVERSO DO DOLOSO CONTRA A VIDA. DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE. ELEMENTOS PROBATÓRIOS. CULPA CONSCIENTE. RECURSO PROVIDO.

I - Cotejando-se o art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal com o art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, afere-se que a competência do Tribunal do Júri é restrita e taxativa, ou seja, limita-se ao processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida descritos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados, e nos crimes a eles conexos.

II - Para a caracterização do dolo eventual, exige-se que o acusado, antevendo o resultado como possível, o aceite e não se importe com sua ocorrência.

III - Uma vez evidenciada a inexistência de dolo, seja na modalidade direta ou eventual, e que a conduta do réu, no máximo e em tese, se caracteriza pela inobservância do dever de cuidado que lhe era

exigido, impõe-se a desclassificação do delito, o que, à toda evidência, não se consubstancia indevida subtração de competência do Conselho de Sentença, ante a expressa determinação inserta no art. 419 do Código de Processo Penal, sendo certo que o autor do fato deve ser responsabilizado na estrita medida de sua culpabilidade.

IV - Recurso provido. (TJ-DF 20150810042098 DF 0004167-45.2015.8.07.0008, Relator: Nilsoni de Freitas Custodio, Data de Julgamento: 29/06/2017, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/07/2017 . Pág.: 133/145)

Denota-se da referida decisão que os elementos em tese, configuram a culpa, ou seja, conduta humana assinalada pela inobservância de um dever de cuidado, o que evidenciou a inexistência de dolo eventual no referido caso e, que conseqüentemente possibilita a desclassificação do delito. Contudo, cumpre ressaltar que o condutor não foi absolvido e, sim será julgado pelo homicídio de trânsito por embriaguez ao volante na configuração de culpa consciente.

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que, em caso de homicídio no trânsito por embriaguez ao volante, pode ser caracterizado como dolo eventual em situações em que o réu além de ter ingerido bebida alcoólica, tenha tido outros fatores que influenciaram no resultado, como por exemplo, conduzir o veículo acima da velocidade permitida, aceitando, dessa forma, as possíveis conseqüências:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DOLOSO (ART. 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). CRIME COMETIDO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOLO EVENTUAL. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. EXAME DO ELEMENTO VOLITIVO. INVIABILIDADE. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. A G. REG. Habeas Corpus 160.500 São Paulo. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, Sessão Virtual de 21.9.2018 a 27.9.2018.)

Conforme posicionamento do STF, para a configuração do dolo eventual não se faz necessário somente a embriaguez do motorista, pois de acordo com o entendimento da Colenda Corte o mesmo não ingeriu bebidas alcoólicas com o intuito de cometer o crime de homicídio, mas sim por outros fatores que induziram no resultado, como no caso acima, a velocidade excessiva do condutor.

De modo igual, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também entende que para a configuração do dolo eventual não se justifica apenas pela embriaguez ao volante, ou seja, não é o único elemento capaz a caracterizar o dolo eventual, sendo imprescindível levar em conta outros fatores, como a velocidade excessiva e fuga do condutor:

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DELITO COMETIDO MEDIANTE EXCESSO DE VELOCIDADE E EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ E AINDA FUGA DO CONDUTOR DO LOCAL DO ACIDENTE. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE DOLO EVENTUAL. INEXISTÊNCIA DE CERTEZA JURÍDICA DE CULPA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRONÚNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Admitindo a Corte local que o réu conduzia o automóvel, embriagado, acima da velocidade permitida para a via e ainda fugiu do local do acidente, tem-se, portanto, a presença de indícios de dolo eventual do homicídio, com justa causa para a pronúncia, não sendo juridicamente admissível a certeza jurídica de culpa consciente, para fins de desclassificação, nos termos do art. 419 do Código de Processo Penal.

2. Recurso especial improvido. (STJ - REsp: 1848841 MG 2019/0340931-8, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 15/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2020)

Na decisão acima da Sexta Turma do STJ, foi concluído que o condutor não ingeriu bebidas alcoólicas com a finalidade de cometer o crime de homicídio, mas que outros fatores contribuíram para o acontecimento como é o caso da velocidade excessiva do condutor e a fuga do local do acidente. Ressalva que, mesmo quando estão embriagados, na maioria das vezes, o condutor acha que tem capacidade de conduzir o seu veículo sem provocar acidentes.

Analisando as decisões dos Tribunais, há uma tendência majoritária em configurar o dolo eventual em caso de embriaguez correlacionados com outros fatores que são determinantes para configuração do dolo como, por exemplo, a velocidade excessiva do condutor.

Pelo exposto, nota-se a dificuldade de se aplicar os institutos de dolo eventual e culpa consciente no caso concreto. Dessa forma, é necessário averiguar de maneira individualizada, caso a caso, para conseguir demonstrar se este de fato, agiu de dolo

eventual ou de culpa consciente, para assim identificar qual dos institutos supracitados aplicar no caso de homicídio, num eventual acidente de trânsito.

5 CONCLUSÃO

Verificou-se no presente artigo que há debates doutrinários e jurisprudenciais no ordenamento jurídico pátrio acerca da aplicabilidade dos institutos dolo eventual e culpa consciente nos crimes de trânsito com mortes provocadas por embriaguez no volante.

Diante disso, foi oportuno analisar a evolução da Lei nº 9.503/1997, a qual sofreu várias modificações com o intuito de deixar a norma penal mais rígida, majorando a punição para condutores alcoolizados que se envolvessem em acidentes de trânsito e causasse conseqüentemente à morte.

Além do mais, constatou-se que a principal característica para configurar a culpa consciente é o agente ter agido com negligência, imprudência ou imperícia, mas não ter assumido o risco de produzir o dano. Já para configurar o dolo eventual há outros fatores além da embriaguez ao volante como, por exemplo, o excesso de velocidade que são elementares para a configuração do dolo eventual.

Pelo exposto, conclui-se que, há dificuldade de distinguir esses dois institutos (dolo eventual ou culpa consciente). Em razão disso, deve-se analisar cada caso concreto, para aplicabilidade de um ou outro instituto. Caso o condutor venha a ser processado pelo crime doloso, existindo dúvidas sobre o elemento subjetivo, a infração penal deve ser desclassificada para sua modalidade culposa. Já o dolo eventual deve ser aplicado em casos específicos onde o condutor além de ter ingerido bebidas alcoólicas, tiveram outros fatores: como a velocidade excessiva e fuga do condutor.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Sérgio Luiz. **Você sabe qual é a diferença entre dolo eventual e culpa consciente?** 2016. Disponível

em: <<https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/454503127/voce-sabe-qual-e-a-diferenca-entre-dolo-eventual-e-culpa-consciente>>. Acesso em: 20 de abr. 2022.

BRASIL, **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal.

Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de abr. 2022.

_____, **Lei de introdução ao Código Penal e da lei das contravenções Penais decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941.** Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 19 de abr de 2022.

_____, **Lei nº 9.503, de 23 de novembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/lei/l12971.htm%2Lei+n+12.971+2014>. Acesso em: 20 de abr. 2022.

_____, **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro', e a Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. 'Lei Seca', [S. I.], 12 nov. 2019. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm>. Acesso em: 06 de mai. 2022.

_____, **Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. [S. I.], 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm>. Acesso em: 06 de mai. 2022.

_____, **Lei nº 13.546, de 19 de dezembro de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para dispor sobre crimes cometidos na direção de veículos automotores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2017/lei/L13546.htm>. Acesso em: 20 de abr. 2022.

_____, Superior Tribunal de Justiça - **REsp: 1848841 MG 2019/0340931-8**, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 15/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2020. Disponível em: <

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206243046/recurso-especial-resp-1848841-mg-2019-0340931-8/inteiro-teor-1206243049>>. Acesso em: 10 de mai de 2022.

_____, Supremo Tribunal Federal - **AG.REG. Habeas Corpus 160.500 São Paulo**, Relator: Ministro Alexandre de Moraes; Primeira Turma, Sessão Virtual de 21.9.2018 a 27.9.2018. Disponível: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748375824>>. Acesso em: 10 de mai de 2022.

_____, Tribunal de Justiça do Distrito Federal **20150810042098 DF 0004167-45.2015.8.07.0008**, Relator: Nilsoni de Freitas Custodio, Data de Julgamento: 29/06/2017, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/07/2017. Disponível em: < <https://tj->

df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/900048425/20150810042098-df-0004167-4520158070008>. Acesso em: 09 de mai de 2022.

CARVALHO, Aline de Alencar Porto. **Embriaguez ao volante: alterações trazidas pela Lei 13.546/17**. 2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10539/Embriaguez-ao-volante-alteracoes-trazidas-pela-Lei-13546-17>>. Acesso em: 21 de abr. 2022.

GANEM, Pedro Magalhães. **Dolo eventual, culpa consciente e crimes de trânsito**. 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/574661971/dolo-eventual-culpa-consciente-e-crimes-de-transito>>. Acesso em: 21 de abr. 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 22. Ed. Niterói, RJ. Impetus, 2020.

JESUS, Damásio. **Direito penal – parte geral**, ed 36, Saraiva. 2015.

MILHOMEM, Flávio. **Direito Penal Objetivo: Teorias e questões**. Ed.única. Brasília: Alumnus, 2014.

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AS FAKE NEWS COMO UMA AMEAÇA À DEMOCRACIA

VALDIRENE LEMOS LUIS:
graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN
Orientador.

GLAUCIMARCOS FAKINE MARSOLI
Coorientador

RESUMO: O presente artigo busca abordar o real significado do direito fundamental a liberdade de expressão, expondo seu surgimento, seus limites e sua relação direta com a democracia. Demonstrando ainda, de que forma esse direito fundamental está sendo usado como desculpa para o compartilhamento de notícias falsas, ou simplesmente as mundialmente conhecidas Fake News que colocam em risco o desenvolvimento crítico da população gerando o caos democrático no país.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Democracia. Fake News

1 INTRODUÇÃO

Uma das principais mudanças ao decorrer da evolução da sociedade, é a facilidade que os meios de comunicação trouxeram para o compartilhamento de informações por todo o mundo.

Hoje tudo é conectado e se torna quase impossível que um acontecimento de grande importância não chegue rapidamente a todos os meios de comunicação pelo globo.

Ocorre que, tais informações nem sempre possuem conteúdos completamente verídicos, principalmente quando se tratam de notícias voltadas a política, já que acabam sempre se tornando virais, dada ao seu conteúdo apelativo, que rapidamente se espalham sem serem corrigidos.

Hoje popularmente conhecida como Fake News, traz um grande impacto negativo a sociedade, já que tem como principal objetivo causar a desordem.

A utilização das Fake News é justificada de forma errônea como um direito à liberdade de expressão. Entretanto, sabe-se que embora a liberdade de expressão seja um

direito envolto de diversas discussões, não está interligada a propagação de mentiras ou de discursos de ódio e sim está voltada a garantia de uma livre manifestação de opiniões a respeito de determinado assunto.

A liberdade de expressão é um dos pilares da sociedade, cuja função é garantir a democracia em todos seus sentidos, devendo ser usada com disciplina e responsabilidade.

Quando nos voltamos para o mundo virtual, os limites não são diferentes, as leis continuam se valendo e o que é dito sem pensar, pode resultar em graves consequências.

Se utilizar da liberdade de expressão como desculpa para disseminar notícias falsas e propagar discursos de ódio é nada mais do que contribuir para o fim da democracia no país.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Um das mais antigas liberdades defendidas pelo ser humano desde sua evolução, a liberdade de expressão pode ser entendida como um conjunto de direitos voltados a liberdade de comunicação ou simplesmente “liberdades fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente para se garantir a liberdade de expressão no seu sentido total” (Magalhães, 2008, p. 74).

Esse conjunto se refere a liberdade de expressão em sentido estrito juntamente com o direito à informação e a liberdade de criação e de imprensa, entre outros necessários para garantir e resguardar a operacionalidade do direito, já que de certa forma, mesmo distintas se completam para serem garantidas.

2.1 SURGIMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL

Atualmente, garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos a liberdade de expressão é um direito adquirido pelas pessoas, para que estas possam manifestar suas opiniões sem represálias legais, podendo compartilhá-las por diferentes meios. Basicamente, significa o direito de expressar uma opinião pessoal ou de um grupo, sem sofrer censura legais.

O artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, expõe que:

Art. 19 - Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

No Brasil, a liberdade de expressão foi lembrada nas três primeiras constituições (1824, 1891 e 1934). Mas infelizmente, em 1937 começou a censura com a chamada Era Vargas, que logo caiu por terra quando a Constituição 1946 volta a reforçar os direitos da liberdade individual dos cidadãos (CARVALHO, 2021).

Todavia, a maior ameaça à democracia ainda estaria por vir. No dia 31 de março de 1964, tanques do exército foram enviados ao Rio de Janeiro, onde o atual presidente João Goulart popularmente “Jango” estava, sendo que após três dias do acontecido Jango foi para o exílio no Uruguai e uma junta militar assumiu o poder no Brasil (CARVALHO, 2021).

No dia 15 de abril, Castello Branco general do país tomou posse e tornou-se o primeiro de cinco militares a governar o Brasil durante o período da ditadura que vai até 1985 (CARVALHO, 2021).

Em tal período, surgiram os chamados Atos Institucionais que eram decretos e normas usados para dar plenos poderes aos militares, garantindo sua permanência no poder. No governo de Castello Branco (1964 – 1967) o AI 1 marca o fim das eleições diretas, ou seja, as eleições seriam realizadas pelo Congresso Nacional incluindo as estaduais, entrando em vigor uma nova Constituição (CARVALHO, 2021).

Em 1965, o AI 2 fecha todos os partidos políticos sendo adotado o bipartidarismo, existindo apenas a Aliança Renovadora Nacional e o Movimento Democrático Brasileiro (AI 3). O AI 2 mudou ainda dispositivos constitucionais, mudando o funcionamento do Poder Judiciário, concentrando o poder no Executivo (CARVALHO, 2021).

O governo de Costa e Silva (1967 – 1969), foi marcado pelo alto índice de violência, tortura e repressão aqueles que iam contra a ditadura restringindo principalmente a liberdade de expressão (CARVALHO, 2021).

A população estava insatisfeita, começam a crescer o número de manifestações como a Passeata dos 100 mil. Tendo Costa e Silva em resposta, promulgado o AI 5, este ato fechou o Congresso por tempo indeterminado, cassou mandatos de prefeitos e governadores, decretou o estado de sítio e proibiu reuniões. Este decreto dava ao governo o direito de punir os inimigos do regime, sendo considerado o mais duro golpe da Ditadura Militar e um dos maiores atos de censura já vistos no país (CARVALHO, 2021).

De 1969-1974 entra no poder Médici, iniciando-se o maior período de repressão, a censura se intensificou, as torturas aumentaram e os direitos humanos foram esquecidos. Assim se seguiu o período da ditadura militar no Brasil (CARVALHO, 2021).

No fim do ano de 1983, em todo o país se iniciava a campanha das “Diretas Já”, que embora tenha sido histórica não foi suficiente para realizar as eleições diretas. Após o fim

da Ditadura Militar o país entrou em processo de redemocratização, o que levou a surgir a necessidade de criação de uma nova e democrática Constituição (CARVALHO, 2021).

Finalmente, na Constituição de 1988 (Constituição Cidadã) o direito à liberdade de expressão foi reintegrado. A censura foi banida, conforme pode ser lido no parágrafo 2.º do artigo 220: *“É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”* E uma nova era voltada as liberdades dos indivíduos se iniciou.

2.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê inúmeros direitos e garantias fundamentais que visam proteger o cidadão frente a atuação do Estado, neste sentido a liberdade de expressão é considerada um dos grandes suportes para a existência da democracia, já que esta afasta a censura e permite que os indivíduos expressem seus pensamentos.

Lembrada principalmente pelos princípios da dignidade da pessoa humana, soberania, cidadania, da livre iniciativa e pluralismo político e dos valores sociais do trabalho, a conhecida Constituição Cidadã ampliou as liberdades individuais, prevendo vários incisos no art. 5º que consolidam a ideia da liberdade de expressão, sendo eles:

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

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (Brasil, 1988).

Dada ainda sua grande importância como já citado anteriormente, é expressamente prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), documento este que garante direitos e liberdades fundamentais a todos. Logo entende-se que a liberdade de expressão faz parte diretamente do exercício da cidadania.

2.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA

Lembrar de democracia é sinônimo de reconhecer a soberania do povo, entendendo-se que em um país democrático o poder emana do povo e para que o povo exerça esse poder, se faz necessário o acesso às informações para utilizá-lo e liberdade de se expressar sem o medo de ser represado.

Tais informações são indispensáveis para que os governantes sejam eleitos de forma justa, igual e de acordo com sua representatividade.

2.4 LIMITES A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Embora não tão claro, já que muitos se utilizam da garantia de se expressar como forma de justificar suas atitudes, entende-se que a liberdade de expressão possui limites e não mais do que claro, estes limites estão relacionados, em especial quando esta expressão feri outras garantias fundamentais da Constituição.

Ofender, caluniar, injuriar, causar danos materiais ou morais a outros não possuem amparo de uma liberdade de expressão, já que expressamente prevê também o inciso X

do art. 5º da CF de 1988, que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Não sendo atoa que a constituição ainda faz previsão expressa sobre o anonimato, já que cada um deve se responsabilizar pelo o que diz, de forma que em caso tais ideias tenham excedido os limites legais, estes responsáveis devem ser identificados e responsabilizados.

3 FAKE NEWS

Traduzido do Inglês, Fake News significa notícias falsas, que são voltadas principalmente para divulgação online de conteúdos irreais e apelativos que possuem como principal objetivo propagar a desordem.

Tais notícias falsas possuem um grande e preocupante poder viral, já que se espalham rapidamente pelos meios de comunicação, com conteúdo geralmente voltado para abalar o emocional do leitor, fazendo com que as pessoas continuem passando para frente uma informação sem confirmar sua veracidade.

Em geral o termo Fake News ficou mundialmente mais conhecido em 2016, com a disputa presidencial dos Estados Unidos, quando a candidata Hillary Clinton foi alvo de inúmeras notícias falsas compartilhadas pelos eleitores de seu concorrente Donald Trump (CAMPOS, online).

Embora seja um termo teoricamente recente, as Fake News sempre foram presentes ao longo do desenvolvimento da humanidade que apenas se atualizaram ao longo da história, mudando seus meios de propagação.

3.1 FAKE NEWS COMO UMA AMEAÇA À DEMOCRACIA

Atualmente sabe-se que existe um extenso mercado voltado ao universo de propagação das Fake News, financiado por pessoas riquíssimas e de grande influência, como por exemplo, em épocas de campanha eleitoral são políticos que contratam equipes para viralizar conteúdos que denigram a imagem de seus concorrentes, sem é claro deixar rastros que possam identifica-los.

As equipes responsáveis costumam comprar ilegalmente fontes que facilitam a circulação das notícias falsas entre milhões e milhões de pessoas, focando principalmente nos chamados “alvos fáceis”, sendo aquelas pessoas que facilmente são manipuladas e acreditam fielmente sem saberem identificar que tal notícia não é verdadeira.

Além disso, os meios de recebimentos dessas falsas notícias seguem um desconhecido algoritmo, que de forma rigorosa leva a exposição do conteúdo.

Tudo isso acaba gerando um grande conflito sobre o que é ou não verdade, já que as Fake News podem se tornar tão virais a ponto de a verdade não ser mais se quer levada em consideração.

Não tão longe, o Brasil passou por um dos seus períodos eleitorais mais difíceis ao longo de alguns anos, já que a desinformação esteve em alta. Mas de que forma isso ameaça à democracia do país?

Segundo um artigo publicado na revista *Political Reserach Quartely*, as Fake News apresentam risco para a democracia ao reduzirem nossa capacidade de conhecer, de respeitar os demais e de participar de modo igualitário do processo político.

Logo, entende-se que para uma verdadeira democracia é necessário que a população esteja bem orientada e capaz de observar os verdadeiros fatos de uma situação. Infelizmente com o crescimento das redes sociais, os verdadeiros e seguros meios de notícias, como o jornalismo profissional não alcançam mais o mesmo número de expectadores.

Ademais, como são informações apelativas, levam a desordem da moral de alguns indivíduos que por meio de mentiras e insultos atacam de forma desonrosa aqueles que não possuem o mesmo pensamento.

Não é fácil lutar contra um sistema tão difícil de ser até compreendido, o combate a Fake News é necessário e sem dúvidas merece uma atenção do poder público.

Ter liberdade para mostrar e difundir pensamentos, não significa poder desrespeitar os limites. Para viver bem em socialmente, é necessário e essencial estar atento a declarações que possam ofender de qualquer forma as preferências, origens e o estilo de vida de outras pessoas.

Divulgar uma notícia falsa fere o direito fundamental à informação de qualidade, e a sensação de anonimato que propaga o ditado "internet como terra de ninguém" não torna tal conduta menos grave ou não criminoso. Afinal o direito à liberdade de expressão de cada um termina quando o do outro começa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, as Fake News são uma grande ameaça à democracia e devem ser combatidas com ferramentas que visem fiscalizar e corrigir seus meios de propagação, para que assim seja garantido um real e honesto sistema de informações, não sendo

confundido com o uso errôneo e desenfreado da liberdade de expressão, que é um dos principais direitos constitucionais existentes, e como tal, deve ser respeitado.

Se utilizar da liberdade de expressão como desculpa para disseminar notícias falsas e propagar discursos de ódio é nada mais do que contribuir para o fim da democracia no país.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, J. **Liberdade de Expressão**. Toda Matéria. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/liberdade-de-expressao/#:~:text=No%20Brasil%2C%20a%20liberdade%20de,a%20liberdade%20individual%20dos%20cidad%C3%A3os.>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm#19>. Acesso em: 18 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 fev. 2023.

CAMPOS, Lorraine Vilela. **"O que são Fake News?"**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/curiosidades/o-que-sao-fake-news.htm>. Acesso em 18 fev. 2023.

CARVALHO, T. **Ditadura Militar no Brasil**. Politize, 2021. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/ditadura-militar-no-brasil/>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

CASTRO, R. S. D. F. E. M. F. D. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de Sequencia**, Florianópolis, v. 66, p. 327 - 355, julho 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/seq/a/jMNNxJYNjB94hXQNXbzTgMx/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 20 out. 2022.

FIA, Business School. **Liberdade de expressão: lei, evolução, importância e limites**. 2021. Disponível em: <https://fia.com.br/blog/liberdade-de-expressao/>. Acesso em: 18 fev. 2023.

GOMES, A. S. O. E. P. O. Os Limites da Liberdade de Expressão: Fake News como Ameaça a Democracia. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 20, n. 2, p. 93 - 118, maio / agosto 2019. Disponível em:

<<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1645/pdf>>. Acesso em: 14 out. 2022.

GRAMACHO, W. **Como as fake news ameaçam a democracia**. 2021, Poder 360. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/opiniao/como-as-fake-news-ameacam-a-democracia-escreve-wladimir-gramacho/>. Acesso em: 18 mar. 2023

JESUS, E. M. D. **Fake News como estratégia política: do ataque à democracia para as soluções legislativas**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso – TCC (Bacharel em Direito), Universidade Tiradentes – UNIT, Aracaju. Disponível em: <<https://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/4394/FAKE%20NEWS%20COMO%20ESTRAT%20POL%20TICA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 5 nov. 2022.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional: curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 74.

SARLET, I. R. F. E. I. W. **Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na constituição federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. Constituição, economia e desenvolvimento: revista da academia brasileira de direito constitucional**, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 112 - 142, Janeiro - Junho 2016. Disponível em: <<http://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/229/226>>. Acesso em: 5 nov. 2022.

SILVA, N. **O Direito de Ser Idiota A liberdade de expressão como garantia constitucional das ideias repulsivas e discursos preconceituosos**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso – TCC (Curso de Direito). Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/188658/O%20direito%20de%20ser%20idiota%20-%20Nicole%20da%20Silva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 fev. 2023.

A POSSIBILIDADE DO ABORTO LEGAL NOS CASOS DE STEALTHING

DANIELE CRISTINA BASILIO CINTRA:
graduanda em Direito pela Universidade
Brasil. Campus Fernandópolis⁹⁴.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: Busca-se com o presente trabalho, a concórdia da conduta do Stealthing ao direito penal brasileiro, assim como a análise da probabilidade de analogia ao estupro para a aprovação do aborto legal, inconcusso por jurisprudências e doutrina. Esta conduta vem sendo versado em diversos países, conseguindo notoriedade após o estado norte-americano da Califórnia, ter conhecido como crime de agressão sexual, instituindo multa cível além do pagamento de indenização as vítimas. Outrossim, no Brasil o “Stealthing” não é tipificado no ordenamento jurídico nem há doutrina a este respeito, fazendo com que o “agressor” não seja incumbido, e conseqüentemente as mulheres que vivenciam esta violência não tenham amparo legal para lidar com seus encadeamentos. Desta forma, o objetivo geral teve como propósito verificar a possibilidade de aplicação de analogia para anuência do aborto legal em relação aos casos em que a prática tenha como resultado a gravidez indesejada da vítima.

Palavras-chave: Stealthing. Aborto legal. Violência sexual. Consentimento.

Analogia.

ABSTRACT: The aim of this work is to reconcile the conduct of Stealthing with Brazilian criminal law, as well as the analysis of the probability of analogy to rape for the approval of legal abortion, uncontroversial by jurisprudence and doctrine. This conduct has been discussed in several countries, achieving notoriety after the US state of California, known as the crime of sexual assault, imposing a civil fine in addition to the payment of compensation to the victims. Furthermore, in Brazil, “Stealthing” is not typified in the legal system nor is there a doctrine in this regard, meaning that the “aggressor” is not covered, and consequently women who experience this violence do not have legal support to deal with their chainings. In this way, the general objective was to verify the possibility of applying an analogy for the consent of legal abortion in relation to cases in which the practice results in the victim's unwanted pregnancy.

94 E-mail: cintradaniele76@gmail.com

Keywords: Stealthing. Legal abortion. Sexual violence. Consent. Analogy.

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia abordará como tema “possibilidade do aborto legal nos casos de stealthing”, conceituando, o stealthing vem da expressão inglesa conhecida como “stealth” que traduzida indica uma conduta furtiva, tal ação consiste na prática sorrateira da retirada do preservativo durante a relação sexual, sem o consentimento prévio da vítima.

O ato do Stealthing pode ser apontada como crime sexual, posto que, transforma uma relação sexual consensual em uma não consensual, sendo que a vítima comumente não sabe que houve a conduta durante o ato sexual.

A prática deste ato pode ser claramente considerada um crime contra a dignidade sexual, não obstante, no âmbito jurídico brasileiro inexistem consequências para o autor da violência, pelo fato do stealthing ocupar um árduo campo de comprovação de consentimento.

Desta forma, o objetivo geral teve como propósito verificar a possibilidade de aplicação de analogia para anuência do aborto legal em relação aos casos em que a prática tenha como resultado a gravidez indesejada da vítima. Na medida em que, considerando as palavras de Cezar Bitencourt:

“Quando a liberdade individual e, mais especificamente, a liberdade sexual forem desrespeitadas, sendo colocada em prática a violência sexual, a repressão estatal deve fazer-se presente, energicamente, criminalizando e punindo sua transgressão.” (BITENCOURT, 2020, p. 45).

Em relação aos objetivos específicos têm como foco aprofundar o conhecimento científico na prática do stealthing, visto que o presente artigo científico trata-se de um tema com poucas pesquisas. Quanto a abordagem a pesquisa será do tipo descritiva e quantitativa bibliográfica.

Na convicção social o estudo será capaz de ajudar com a precaução e o conhecimento dessa conduta criminosa, pela razão de que, no Brasil essa temática é esporadicamente versada pelos doutrinadores. Todo e qualquer ser humano é digno de respeito por parte da sociedade, não é aceitável que um indivíduo adote hábitos sexuais que violam a dignidade do próximo.

2. A TIPIFICAÇÃO DO STEALTHING

Nesse ínterim os atos sexuais em que há a prática do Stealthing, ver-se a existência da quebra de consentimento, dessarte, no aludido momento em que foi quebrado a confiança entre as partes, e é mantido a relação sexual sem o conhecimento do parceiro no qual invalida a escolha de consentir a continuação da ação, tem então a caracterização de delitos penais puníveis. (MUNIZ, 2020).

A autora Muniz (2020) primordialmente destaca o artigo 7º, inciso III, da Lei 11.340/06, comparando à prática do Stealthing, descrevendo o fato de que tal crime, quando realizado contra a mulher, há possibilidade de ser considerado uma forma de violência doméstica e familiar. *In verbis*:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

(...)

III. - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Sendo um assunto pouco conhecido e discutido, o stealthing a partir de 2017 tem ganhado maior visibilidade após estudo feito por Alexandra Brodsky para o periódico científico denominado de "Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal" que em português significa "Análogo ao estupro: imaginando respostas para a remoção não consensual de preservativo". Dessa forma, Brodsky analisa o Stealthing como:

Uma violação da liberdade e da vontade da vítima em ter relações sexuais mediante o uso do preservativo masculino, obrigando-a a participar em atos sexuais de maneira diversa da pretendida e de forma não consensual. Isso, pra quem está mergulhado na cultura patriarcal e machista e vê no sexo um ato de dominação, pode parecer algo de menor relevância. No entanto, para quem vê no sexo um ato de liberdade e prazer, isso é uma violação grave à dignidade." (BRODSKY, 2017, p. 191-192). (Tradução nossa).

Posto isso, em seu estudo Muniz (2020) argumenta que, também há probabilidade da tipificação do crime de estupro e da violação sexual mediante fraude.

Os autores ao relacionarem o *stealthing* com o estupro, concluíram que a inexistência de consentimento na Relacionando o estupro com o *Stealthing*, estes autores chegaram à conclusão de que a inexistência de consentimento na prática do ato libidinoso, revelada pelo constrangimento físico ou psicológico exigido pela norma em questão afasta esse tipo penal do *Stealthing*. Com o entendimento sob a alteração da Lei 12.015/2009, ficou definido que, além da conjunção carnal, o atos libidinosos também podem ser considerados estupro, sob análise do caso concreto. Conforme entendimento em lei:

“Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso (...).”

De acordo com o Código Penal, para que configure o estupro é necessário o constrangimento à pessoa, com a utilização do emprego de violência ou grave ameaça. Todavia, mesmo que no caso concreto ocorra o ato libidinoso, mas não houve a grave ameaça, tampouco violência, não será tipificado o crime de estupro no *stealthing*. (JESUS, 2019, p.20).

Nesse sentido, em seu estudo, Marcilene cita apud jurisprudência:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ARTIGO 213 DO CP. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 65 DA LCP. TOQUES NOS SEIOS, NÁDEGAS E ÓRGÃO GENITAL DA VÍTIMA. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO PRECEDENTES. 1. Consoante a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, o delito de estupro resta consumado quando constrangida a vítima, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sucedâneo a ela ou não, em que evidenciado o contato físico entre o agente e a vítima, como toques, contatos voluptuosos e beijos lascivos. 2. Na espécie, tendo as instâncias ordinárias concluído que o réu empurrou a vítima contra o muro e tocou nos seus seios diretamente na pele, por debaixo de sua blusa, "após tentar rasgar esta, sem sucesso", bem como acariciou seu órgão genital e suas nádegas por cima da roupa, deve ser reconhecida a prática do delito de estupro. . "Em respeito ao princípio da proporcionalidade, a gravidade da conduta não pode ser considerada para a tipificação do delito, mas deve incidir na culpabilidade do agente, para aplicação da sanção penal".

Posto isso, para que ocorra a tipificado o crime de estupro, é essencial ocorra a caracterização através da grave ameaça ou da violência física ou psicológica, enquanto na violação sexual mediante fraude denominada também como estelionato sexual, ocorre de forma mais sucinta, dado ao fato de que utiliza-se o engano, e o ato sexual ocorre mediante uma fraude ou dissimulação.

É indispensável a inclusão da tipificação do *stealthing* como crime próprio no ordenamento jurídico brasileiro embora os dispositivos do título VI do CP que compõe os crimes contra a dignidade sexual, para a proteção jurídica e legal das vítimas.

3.A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA PARA AUTORIZAÇÃO DO ABORTO

O ministro Luís Roberto Barroso, em uma pesquisa elaborada, menciona que uma mulher teve a decisão concedida para realizar o que quiser do seu corpo:

(...) A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existências; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. (BARROSO, 2007, p.02).

O estupro é tipificado pela prática de conjunção carnal ou ato libidinoso em conjunto com violência ou grave ameaça como meios de execução essencial do crime, sendo ela física ou com a utilização de armas de fogo, com a capacidade de deter a vítima, que a torne vulnerável (BERREIRA, 2021).

Sendo assim, trazendo ao viés do *stealthing*, com as pesquisas apontadas, há a chances de aborto oriundo de uma gravidez relativa a prática do *stealthing* no qual tenha a tipificação de violência e grave ameaça, desse modo, evidencia que a prática do aborto nos casos de *stealthing* deve ser permitido.

"O art. 269 esclarecia:

Chama-se estupro o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego de força física como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psíquicas, e assim da possibilidade de

resistir e defender-se como sejam o hipnotismo, o clorofórmio, o éter, e em geral os anestésicos e narcóticos." (ESTEFAM, 2016, p.367)

4.PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE À PRÁTICA DO STEALTHING

Observaremos neste tópico, o princípio da dignidade humana nos casos de stealthing. Especificado na Constituição Federal o princípio da dignidade da pessoa humana se encontra presente no nosso cotidiano percorrendo por todas as esferas jurídicas, buscando assegurar valores e direitos pertinentes à condição humana. À frente encontramos no artigo 1º da CRFB de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa - o pluralismo político.

Segundo Tavares (2018, p. 448), conforme citado por Miranda (1988, p. 170) "A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas." Destarte, o que evita o homem usufruir sua habilidade, que interceda no seu intelecto racional, está ferindo este enquanto homem e afeta sua dignidade. (TAVARES, 2018)

É imprescindível abordar a prática do stealthing e não mencionar o princípio "carro chefe" da Constituição Federal, não há de se falar na prática do ato sexual retirando a camisinha sem o consentimento do parceiro, sem a percepção da violação do querer próprio do indivíduo, a vista que, fere o princípio da dignidade humana.

Intrinsecamente do princípio da dignidade da pessoa humana a Constituição garantiu o planejamento familiar:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Desta maneira ao se realizar a prática do stealthing já está ferindo e violando um fundamento e princípio importante garantido pela CF/88.

5. INCIDÊNCIA LEGAL NO BRASIL E A INEFICÁCIA EM ADAPTAR O STEALTHING EM TIPOS PENAS JÁ EXISTENTES

Mesmo não existindo ainda no Brasil uma espécie penal incriminadora relacionado a conduta de forma específica, há quem considere que a prática do Stealthing configure o delito do artigo 215 do Código Penal, qual seja o crime de Violação Sexual Mediante Fraude:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena -reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplicase também multa. (BRASIL, 1940, s.p.).

É de extrema importância que ocorra a criação, por parte do poder legislativo, de um tipo penal que abarque todas as peculiaridades do Stealthing, bem como os seus possíveis desdobramentos, para que casos como o trazido pela BBC News não fiquem impunes.

Até o ano de 2020, havia informações de “apenas” um caso levado à justiça brasileira envolvendo esta prática. No aludido caso, durante o ato sexual, o parceiro retirou o preservativo e obrigou a parceira a continuar com a relação, acarretando uma gravidez indesejada. A vítima deste abuso recorreu à justiça para que lhe fosse reconhecido o direito de exercer o aborto humanitário, já que em seu entendimento foi vítima de estupro, e assim entendeu os desembargadores da 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, concedendo-lhe tal direito. Deste modo, após ter ido para 2º instância, os desembargadores esclareceram:

O Estado deve assegurar à mulher grávida em razão de estupro assistência integral e multidisciplinar na rede pública de saúde, inclusive para realização de aborto 25 humanitário, se for esse o desejo da vítima. Na origem, uma vítima de abuso sexual ajuizou ação contra o Distrito Federal para realizar aborto seguro (art. 128, II, do Código Penal), uma vez que o hospital público para onde se dirigiu logo após os fatos se negou a efetivar o procedimento, sob o argumento de que o início da relação sexual foi consentido. O pedido foi julgado procedente para interrupção da gravidez, como forma de concretizar o dever do Estado de disponibilizar todos os meios necessários à qualidade de vida e à saúde da paciente e, ao mesmo tempo, minimizar impactos físicos e psicológicos decorrentes da

violência. A sentença foi submetida a reexame necessário. Os Desembargadores consignaram na apreciação da remessa que é dever do Estado prestar assistência à mulher em situação de gravidez decorrente de relação sexual não voluntária, na forma da Lei 12.845/2013 e do art. 207 da Lei Orgânica do DF, por se tratar de direito prioritário e relacionado à dignidade humana. Destacaram que, quando o gestor público descumpra direitos fundamentais, o Judiciário tem o poder-dever de atuar na condição de controlador da atividade administrativa, para restabelecimento da ordem jurídica. Assim, entenderam que a situação experimentada pela autora configura o fato típico previsto no art. 213 do Código Penal, uma vez que ela foi obrigada a prosseguir na relação sexual após o parceiro retirar o preservativo sem o seu consentimento, prática conhecida como *stealthing*. O Colegiado ressaltou que a gravidez resultante de estupro desencadeia uma série de reações psíquicas, sociais e biológicas muito complexas na mulher, tornando-se uma segunda violência. Alertou ainda que, embora o ato sexual tenha sido inicialmente consentido, deixou de sê-lo no momento da continuidade da ação contra a vontade da parceira. Nesse cenário, reforçou que o aborto humanitário, *in casu*, deveria ocorrer como exercício regular de direito da ofendida – mediante procedimento simplificado no qual bastaria a apresentação do boletim de ocorrência ao médico –, dispensada autorização judicial para a intervenção cirúrgica. Com isso, a Turma negou provimento à remessa necessária. Acórdão 1297305, 07603209120198070016, Relatora Des^a. LEILA ARLANCH, Sétima Turma Cível, data de julgamento: 28/10/2020, publicado no PJe: 20/11/2020.

Nota-se, que, pela dificuldade e desinformação desconhecimento geral sobre o tema, que nenhuma vez houve pela justiça brasileira condenações penais envolvendo a conduta.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse sentido, a prática no *Stealthing* que compreende na retirada do preservativo sem o consentimento da parceira ou parceiro durante a relação sexual que apenas foi permitido fazendo o uso do mesmo não surgiu nos presentemente, independentemente de sua discussão ganhar notabilidade e espaço nos campos jurídico e sociais de forma global com artigos científicos, decisões judiciais e condenações a prisão no exterior.

O vocábulo que até agora não possui tradução no português manifestou-se nos Estados Unidos, e se popularizou após Alexandra Brodsky, advogada norte americana,

publicou um artigo dispondo sobre o tema e mencionando casos reais de vítimas, o equiparando ao crime de violação sexual. No Brasil, ainda pouco discutido e difundido nas doutrinas e jurisprudencialmente, a presente ação está tipificado no ordenamento jurídico, ao menos prevê garantias e direitos as vítimas que passam por tal circunstância e lidam com as sequelas temporárias ou permanentes do stealthing.

Haja vista, em sentido amplo a culpabilidade é uma extensão e um esclarecimento do evolutivo livre-arbítrio. Tipificado, pela injusta censura ao autor, que é socialmente reprovado, reprovado socialmente, já que, o mesmo deveria ter agido conforme o Direito demanda.

Apesar disso, “deve dar-se em âmbito de estrita legalidade, vale dizer, sem afronta a direito alheio ou a interesse socialmente relevante. Assim sendo, não se tolera a relação sexual invasora da intimidade ou vida privada alheia, sem consentimento, além do emprego de violência ou grave ameaça.” (NUCCI, 2014, p. 26). Com isso, julga-se a base de que, a partir do instante em já não existe mais a adesão ainda que velada, é dever do Estado intervir para tutelar a dignidade sexual da vítima.

Em estudo realizado, Cabette e Cunha dissertam sobre a possibilidade de um tratamento penal no Brasil, abordando dois crimes, ora tipificados pelo Código Penal, nos seguintes termos:

Tanto no caso do estupro quanto no da violação sexual mediante fraude, a transmissão que não envolva o vírus HIV atrai a causa de aumento de pena do art. 234-A, inciso IV, do Código Penal, segundo o qual a pena é majorada de um sexto até metade se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deve saber que está contaminado. Note-se que antes da Lei nº 12.015/09 o agente respondia pelo crime sexual em concurso formal impróprio com o crime do art. 130 do CP. Agora o crime de perigo de contágio de moléstia venérea fica absorvido, servindo somente como majorante, evitando-se assim bis in idem. (...) (CUNHA e CABETTE, 2017)

“Conforme mencionado nos tópicos anteriores, percebe-se que a mulher sempre foi objeto de submissão ao homem, o que justifica o porquê “novas práticas” estão surgindo, uma vez que as mulheres estão cada vez mais independentes e, em razão disso, criam coragem para denunciar as situações em que se sintam violadas. Ou seja, bastou que alguma mulher tivesse voz para que a esfera dos delitos sexuais tomasse uma outra proporção.” (SANTANA, 2023, p. 31).

Embora crimes contra a dignidade sexual estejam em contínuo progresso legislativo, doutrinária e jurisprudencial, fica evidente que, as normas penais incriminadoras possuem ainda caráter incerto e antigo, não tutelando de forma abrangente o bem jurídico da dignidade sexual.

Acima de tudo, essas lacunas legais em um possível julgamento, dão aos magistrados ainda mais poderes no que se alude à adequação típica legislativa diante do caso em concreto.

REFERÊNCIAS

BARREIRA, Eline Araújo Souza. A gravidez indesejada proveniente do estupro praticado pela mulher e a possibilidade de aplicação do aborto sentimental. *Âmbito Jurídico*. 2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitopenal/agravezindesejadaproveniente-do-estupro-praticado-pela-mulher-e-a-possibilidade-de-aplicacao-do-aborto-sentimental/>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra fé pública – Coleção Tratado de Direito Penal Volume 4 – 45. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

BRASIL. Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Planalto. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm.

BRASIL. Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. Planalto. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. T6 - SEXTA TURMA. Acórdão. Agravo Regimental. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento em 23 de agosto de 2018. Corte ou Tribunal. Caracterização do delito de estupro precedentes. Mato Grosso do Sul, 03 de setembro de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Decreto lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRODSKY, Alexandra, 'Rape-Adjacent': Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal (2017). *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol.

32, No. 2, 2017, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2954726> CABETTE, Eduardo Luiz Santos;

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CUNHA, Rogério Sanches. **Qual o tratamento penal para o “stealthing” no Brasil?** Jus Brasil. Mai. 2017. Disponível em:

<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/454526857/qual-o-tratamentopenalpara-o-stealthing-no-brasil>.

CUNHA, Rogério Sanches Cunha. Qual o tratamento penal para o “stealthing” no Brasil? Jus Brasil. Mai. 2017. Disponível em:

<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/454526857/qual-otratementopenalpara-o-stealthing-no-brasil>

ESTEFAM, A. Homossexualidade, prostituição e estupro. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/57983/o-stealthing-e-a-possibilidadedo-aborto-legal>

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/18187/2/ARTIGO%20stealthing%202021.pdf>

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/23616/1/TCC%20II%20%20ARTIGO%20-%20REVISADO%20E%20FORMATADO.docx.pdf>

<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/37672/1/StealthingComoViol%c3%aan%20cia.pdf>

<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/17720/3/2019%20-TCC%20MARCILENE%20PEREIRA%20DE%20JESUS%20%20PAT%202.pdf>

<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/mulher-suporta-onus-integral-da-gravidez-diz-barroso-sobre-aborto/>

<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/7477/Milena%20Julia%20Grotzinger.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<http://dspace.unilavras.edu.br:8080/server/api/core/bitstreams/dc41eef2-29f3-42c6a4d4-81508180c076/content>

<http://periodicosfacesf.com.br/index.php/Legalislux/article/view/340/65>

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/23616/1/TCC%20II%20%20ARTIGO%20-%20REVISADO%20E%20FORMATADO.docx.pdf>

<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/17720/2/2019%20-TCC%20MARCILENE%20PEREIRA%20DE%20JESUS%20%20PAT%201.pdf>

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/18187/2/ARTIGO%20stealthing%202021.pdf>

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/dezembro/tjdft-confirmaque-df-proceda-aborto-seguro-em-vitima-de-violencia-sexual-201cstealthing201d>

JESUS, Marcilene Pereira de. A prática do Stealthing e a possibilidade da aplicação de analogia para autorização do aborto legal. Rubiataba, v. 1, f. 27, 2019. 42 p Monografia (Direito) - Faculdade Evangélica de Rubiataba, Rubiataba, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro

SANTANA, Mariana Cristine Teixeira. STEALTHING COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO: OS LIMITES DO CONSENTIMENTO E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO ABORTO POR ANALOGIA IN BONAM PARTEM. v. 1, p. 31, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/37672/1/StealthingComoViol%C3%Aancia.pdf>.

TJDFT, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Stealthing. 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-eprodutos/direito-facil/edicao-semanal/stealthing>>.

TJDFT, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. TJDFT autoriza realização de aborto seguro em vítima de "stealthing". 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/dezembro/tjdft-confirmaque-df-proceda-aborto-seguro-em-vitima-de-violencia-sexual-201cstealthing201d>>.

ALIENAÇÃO PARENTAL SOB A PERSPECTIVA DA PSICOLOGIA E DO DIREITO

RAYANE GABRIELE SESSOLO FERREIRA:

Discente do Curso de Direito, 9º Semestre,
Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP
– UNIFUNEC⁹⁵

LUCIANA RENATA RONDINA STEFANONI⁹⁶

(orientadora)

RESUMO: O respectivo trabalho tem por escopo analisar os impactos gerados pela alienação parental no contexto familiar brasileiro, com ênfase na Síndrome da Alienação Parental (SAP). Assim, o objetivo é desenvolver uma análise crítica acerca da influência maléfica que o antagonismo entre os genitores pode causar para a saúde mental e no desenvolvimento da criança e do adolescente. Foi desenvolvido um encadeamento de características relacionadas ao SAP e sua transição progressiva. A Constituição Federal de 1988 foi o pilar matriz do presente trabalho, além da Lei 12.318 de 2010, que trata da Alienação Parental. A problemática é centrada na falta de disposições legais voltadas a Síndrome da Alienação parental, cujos dados constam significativo aumento nos últimos 5 anos, indo em contraposição as disposições constitucionais. A Metodologia utilizada é a dedutiva por meio da revisão Bibliográfica. Por fim, cumpre observar o Projeto de Lei 4.053 de 2008, no qual as disposições constroem uma solução viável para o problema da SAP, por meio de ações do Poder Judiciário, com vistas a detectar o surgimento da Síndrome ainda nas fases iniciais. Os magistrados desenvolveriam um papel de suma relevância, guiando-se pelas medidas propostas pela lei aplicável, adaptando-se a cada caso e tomando decisões com base no princípio do melhor interesse da criança e do jovem.

Palavras-chave: Lei. Alienação Parental. Crianças e Doutrina. SAP.

ABSTRACT: The respective work aims to analyze the impacts generated by parental alienation in the Brazilian family context, with emphasis on the Parental Alienation Syndrome (SAP). Thus, the objective is to develop a critical analysis of the harmful influence that antagonism between parents can cause on mental health and on the development of children and adolescents. A chain of characteristics related to SAP and its progressive transition was developed. The Federal Constitution of 1988 was the main pillar of this work, in addition to Law 12,318 of 2010, which deals with Parental Alienation. The problem is

⁹⁵ E-mail: rayanesessolo@hotmail.com.

⁹⁶ Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul, UNIFUNEC, E-mail: Luciana Renata Rondina Stefanoni.

centered on the lack of legal provisions aimed at Parental Alienation Syndrome, whose data have been significantly increased in the last 5 years, in opposition to the constitutional provisions. Finally, it is necessary to observe the Bill 4.053 of 2008, in which the provisions build a viable solution to the problem of SAP, through actions of the judiciary, with a view to detecting the emergence of the Syndrome still in the emergence. Thus, magistrates ensure compliance with the articles, allowing themselves to be guided by the measures proposed by the applicable law, adapting to each case and making decisions based on the principle of the best interests of the child and young person.

Keywords: Law. Parental Alienation. Children and Doctrine. SAP.

INTRODUÇÃO

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é o principal problema referente à manipulação sobre o menor; tem significativa incidência na sociedade brasileira, em especial, em decorrência da separação e do divórcio. O presente trabalho se volta às questões psicológicas envoltas a formação da criança e do adolescente, e sua fragilidade, que abre margem para manipulação pelos genitores ou por terceiros.

Foram dimensionados todos os dispositivos constitucionais referentes à caracterização e a proteção da família, com vistas aos benefícios das crianças e dos adolescentes, ante o desfazimento do vínculo entre os genitores. Algumas decisões dos tribunais superiores foram utilizadas, e os artigos do Capítulo VII, do Título VIII, referentes aos direitos e deveres na órbita familiar, com resoluções ao importante artigo 226, e de outros dispositivos voltados à proteção dos membros da família também foram dimensionados.

A seara do direito não possui estudos profundos sobre a SAP, de como é efetuado o tratamento, as fases e os métodos de prevenção. Os dispositivos atuais só preveem a alienação parental, mas não focalizam os problemas resultantes, a qual é a SAP: síndrome desencadeada no litígio oriundo da guarda de filhos. A alienação parental é uma forma grave de abuso infantil contra a pessoa do alienado e contra os familiares.

Será analisada a diferença entre a Síndrome da Alienação Parental e a Alienação Parental, com objetivo de traçar a divergência de tratamento entre os institutos. Assim, o trabalho procura habituar-se com objetivo de impedir que esse maléfico processo afete a criança ou o adolescente e se converta em síndrome, identificando o Judiciário como órgão eficaz para a essencial repressão.

O tema proposto, em virtude de ser pouco célebre, será estudado sob alguns aspectos, buscando-se oferecer a conceituação, o desenvolvimento legal, características, inovações, bem como sua disposição na esfera jurídica, a fim de prover às crianças e

adolescentes a garantia ao desenvolvimento benéfica, ao convívio familiar e a participação de ambos os genitores em sua vida.

O trabalho também se volta a Lei nº 12.318 de 2010, cujo conteúdo visa regular a alienação parental, aferindo o conceito, as situações caracterizadoras, as ações do poder público e as responsabilidades dos genitores.

Enquanto a Alienação Parental é reprimida por Lei específica, ainda persiste o problema da SAP, cujo tratamento prescinde de maior cautela e ações preventivas do poder público. O projeto de Lei 4.053 é uma solução viável para solucionar o problema gerado ao psicológico das crianças e do adolescente. A Metodologia utilizada é a dedutiva por meio da revisão Bibliográfica.

2 PREMISSAS DA CONSTITUIÇÃO ACERCA DA PROTEÇÃO A FAMÍLIA

Cumprе observar que as várias Constituições adotadas pelo Brasil reproduzem as fases históricas envolvidas ao desenvolvimento da família, seja nas constituições com conteúdo liberal ou social. Os textos Constitucionais de 1824 e 1891 não contemplavam ou tutelavam as relações familiares, salvo o artigo 72, §4º, da CF/1891, que expressava a gratuidade do casamento civil. Com as Constituições de 1934 e a de 1988, houve a eclosão de direitos voltados ao conjunto social, em especial, a família, protegida pelo Estado (LÔBO, 2022).

O casamento anteriormente tinha um caráter de eternidade com o dogma do vínculo indissolúvel, cuja finalidade era a procriação e educação dos filhos. Com a separação entre legislativo e religião foi possível mudar o cenário, seja para garantir direitos iguais para as mulheres ou o reconhecimento não discriminatório de todas as crianças. Justamente naquele momento, tornou-se possível uma revisão dogmática do casamento (VENOSA, 2017).

Nesse sentido, em decorrência da sistêmica origem natural do ser humano, e, sendo a sociedade baseada na família, o poder estatal dispôs do dever de propiciar sua proteção, como estabelece o artigo 226, CF/88. Surgiram outras muitas disposições infraconstitucionais com fim de regulamentar e promover bases para a família. A Lei 8.971/94 e a Lei 9.278/96 disciplinavam os termos companheiros e conviventes. Com o Código Civil de 2002, o legislador promoveu um título próprio para a caracterização da família, inclusive, a jurisprudência tratou de aprimorar algumas situações, como a união homoafetiva – ADI 4.277 e ADPF 132, do STF -, que retirou o artigo 1.723 do CC/02 cujo conteúdo impedia união entre pessoas do mesmo sexo (LENZA, 2020).

A Constituição Federal de 1988 instituiu vigorosas modificações quanto à concepção de família. O Capítulo VII, do Título VIII – Da Ordem Social – é todo voltado aos direitos e deveres relativos à órbita familiar. Inclusive, o artigo 226 aduz as formas de constituir família, que pode decorrer do Casamento civil (§1º e 2º§) ou União estável (§3º). Ante a jurisprudência dos tribunais – Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) -, o rol constitucional familiar é exemplificativo (*Numerus apertus*), mas, entre estas, a Família monoparental, família anaparental, família homoafetiva, família mosaica ou pluriparental, família eudemonista possuem maior visibilidade no âmbito jurisdicional nacional (TARTUCE, 2021).

Segundo Paulo Lôbo, a família é um ente dotado de abissal importância para as arrimas do estado legal:

A família atual passou a ter a proteção do Estado e da sociedade, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade. A proteção jurídica da família é, hoje, princípio universalmente aceito e adotado nas constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, assegura às pessoas humanas o direito de fundar uma família, estabelecendo o art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade com direito à proteção da sociedade e do Estado”. Desse dispositivo defluem conclusões relevantes: a) família não é só aquela constituída pelo casamento, tendo direito as demais entidades familiares socialmente constituídas; b) a família não é célula do Estado (domínio da política), mas da sociedade civil, não podendo o Estado tratá-la como parte sua (2022, p. 17).

Como tratado, pelo fato de a família constituir o centro da sociedade, o Estado tem o dever de desenvolver o papel fundamental de protetor, independente da constituição e dos membros atribuídos. A proteção se estende os filhos, pai, mãe e outros membros, com vistas a coibir qualquer afronta aos direitos básicos, impossibilitando práticas ligadas a violência; propiciar educação, alimentação, segurança. Ou seja, o mínimo de dignidade existencial. Os projetos sociais voltados às famílias carentes, desenvolvidos pelo poder público, retratam o dever constitucional de promover a estruturação e o desenvolvimento do ambiente familiar.

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável permeiam a constituição da família, conforme trata o §7º do artigo 226, que, inclusive, trata o Estado como ente responsável por propiciar recursos educacionais e científicos, como já

tratado anteriormente. Na mesma linha é o §8º, que encarrega o Estado da função de proteger cada um dos membros da família.

A título de exemplo, a Lei Maria da Penha (11.340/2006) surgiu com ânimo de proteger a mulher contra violência, em especial, no ceio familiar. Já o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990) surgiu com o fim de regulamentar os direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil.

3 PROTEÇÃO A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

Ante todas as informações alçadas quanto à constituição da família, no sistema legal nacional, é imperiosa restringir a presente obra aos direitos intrínsecos às crianças e adolescentes, com foco nos danos gerados pela alienação parental.

A criança (até 12 anos incompletos) e o adolescente (entre 12 e 18 anos) são sujeitos cujo direito brasileiro qualifica como incapaz, ante a previsão da CF/1988 e do CC/2002. Não dispõem do pleno exercício dos direitos e deveres, pois não possuem o total desenvolvimento intelectual taxado pelo regulamento privado. Os referidos institutos buscam proteger e promover meios para o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes.

O artigo 227, *caput*, CF/88, especifica que o Estado e a sociedade têm a incumbência de assegurar os direitos básicos da criança e do adolescente. O direito a saúde, a vida, a alimentação, o lazer, a profissionalização, a dignidade, a cultura, a liberdade e, por fim, a convivência familiar e comunitária figura entre as garantias básicas. Inclusive, a proteção contra discriminação, exploração, violência, crueldade, negligência e opressão devem ser enfatizados (BRASIL, 1988).

Ante a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990), devem existir ações conjuntas da família, do poder público, da comunidade quanto a proteção aos menores, resguardando os direitos atinentes ao pleno desenvolvimento moral, físico e intelectual. As garantias ou privilégios conferidos aos menores são alguns: proteção e socorro; preferência em serviços públicos; predileção na execução de políticas públicas; envio prioritário de recursos para o custeio de programas de proteção á infância e a juventude (BRASIL, 1990).

Cumprе reforçar que:

Crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, porém, por sua tenra idade e desenvolvimento incompleto, precisam ser protegidos por leis e esforços sociais amplos. Sociedades evoluídas compreendem

que a proteção das crianças e adolescentes permite alcançar gerações futuras mais preparadas para seu papel social enquanto cidadãos. Porém, no Brasil apenas uma legislação não é suficiente para que isso se concretize; as políticas públicas precisam ver que, de fato, esse grupo precisa de todos os esforços para serem protegidos e preparados para a vida futura (NALI, 2021, p. 8 *apud*, BARBIANI, 2016, n.p.).

Constitucionalmente, a igualdade jurídica de todos os filhos também foi reconhecida no artigo 227, § 6º, que estabelece que os filhos, naturais ou adotados, têm igualdade de direitos e deveres, vedando toda e qualquer prática discriminatória que vise privilegiar um em detrimento do outro. (CHUNG, 2016). O Código Civil de 2002 fixa entendimento no mesmo sentido: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2002, n.p.).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990, reconheceu que a criança tem todos os direitos e liberdades descritos na Declaração dos Direitos Humanos. Desta série de direitos aplica-se o princípio do bem-estar da criança e do jovem, que consta do art. 227 da Constituição Federal, que está ancorada na doutrina da proteção integral da criança, fundamental e indispensável para a construção de sua personalidade (BRASIL, 1988).

Todavia, outro princípio relevante é o da Paternidade Responsável, que consiste na obrigação legal e moral que começa na concepção e se estende até onde for necessário e sustentável para os pais acompanharem seus filhos. Em suma, é dever dos pais cuidar de seus filhos. Cumpre Ressaltar que, diante do Princípio da Igualdade Parental, homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, e a relação de autoridade parental não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma relação de pessoas a que um sujeito deixa de estar sujeito a outro, mas não ao respectivo filho.

Assim, o desenvolvimento da criança e do adolescente é um dever, principalmente, do Estado e da família. Quando instituída a entidade familiar, cabe a proteção ampla de seus membros, em especial da criança.

4 AS DIFERENTES ESPÉCIES DE GUARDA E SUA CORRELAÇÃO COM A ALIENAÇÃO PARENTAL

Com o fim da família, pela separação ou pelo divórcio, persistem alguns deveres para os díspares. Quando houver a existência de filho - criança ou adolescente - persiste as disposições legais que atribuem a guarda a algum dos genitores ou aos dois, de forma cumulada.

Cumpra-se enfatizar a distinção entre a "custódia" e a "guarda". No sistema jurídico nacional, o termo "custódia" atende a uma dualidade de diferentes ordenamentos jurídicos: a guarda de terceiros e a guarda dos filhos. Nessa acepção, existe uma regra quando a guarda é dada aos pais em razão da dissolução do casamento ou da união civil, e outra quando se trata da colocação de criança ou jovem em família substituta (TARTUCE, 2022).

A palavra tutela pode ensejar um entendimento específico quando se trata de um sujeito jurídico que é a criança ou o jovem, seria mais adequado utilizar a expressão convivência familiar. O direito de conviver é mútuo, pais e filhos são titulares. (LÔBO, 2022).

Para Maria Berenice Dias (2016) embora a lei regule a guarda dos filhos em diversas ocasiões, quando se trata do reconhecimento de filhos gerados fora do casamento, arts. 1.611 e 1.612 do CC/2002, as disposições não respeitam a doutrina da proteção integral nem o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve sobre os melhores interesses. No que se refere à proteção dos filhos, os artigos 1.583 a 1.590 do CC/2002 definem o que é guarda compartilhada e unilateral, mas divisão também contra a vontade dos pais e eventual divergência entre eles.

A guarda compartilhada, segundo Carlos Gonçalves, é a responsabilização única dos genitores pelos direitos e deveres do filho, mesmo que um não habite o mesmo teto. A título de exemplo, quando os genitores têm residências próximas, facilitando o trânsito do menor; estadia alternada de residência; permanência alternada entre o período de estudo e férias. ou seja, ambos genitores dispõem de parcela de responsabilidade, como aduz o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Na guarda compartilhada, pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos. Considerando que, no caso em apreço ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação do infante, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada. Para sua efetiva expressão, a guarda compartilhada exige a custódia conjunta, que se configura como situação ideal para quebrar a monoparentalidade na criação dos filhos(2014, n.p. *apud* GONÇALVES, 2022, p. 244).

Por outro lado, a guarda unilateral consiste na obtenção ampla e total da guarda do menor por um único genitor, enquanto o outro fica com o poder de regulamentação das visitas e fiscalização dos interesses do filho, indispondo da liberdade de solicitar informações que envolva a saúde ou a educação do menor.

No entanto, Rolf Madaleno (2018) considera que o interesse superior da criança ou do jovem deve ser tido em conta para que se sinta plenamente feliz na escolha da guarda. A espécie de guarda deve transparecer o ânimo do menor. Segundo este, tal critério só se tornará efetivo quando for feita a análise da situação real, considerando os elementos objetivos e subjetivos; e a jurisprudência já identificou algumas tendências quanto às relações afetivas da criança e sua inserção no grupo social, como apego ou indiferença relacionado a um dos pais, ou mesmo preocupação em não separar os irmãos; condições materiais; círculo de amigos e outros fatores. O interesse superior da criança encontra-se nos requisitos constitucionais e básicos da criança e do jovem, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além disso, pode transferir a guarda para terceiro se o juiz julgar inapropriado, por motivos graves, transferir para os pais ou outros parentes e decidir colocar a criança ou o jovem em um reformatório ou para dá-lo a quem possa alimentá-lo com amor e carinho.

5 ALIENAÇÃO PARENTAL

O fim do relacionamento não gera apenas o rompimento afetivo entre os genitores, mas, em abundância dos casos, gera um ambiente sobrecarregado para o menor, que, em decorrência da idade, não possui consciência da situação, apenas das ofensas e do ambiente caótico entre os seus genitores. Nessa perspectiva, É muito comum utilizarem da fragilidade do menor para induzi-lo a renegar o outro genitor. O menor é manipulado como ferramenta voltada a lesionar, influenciado a não ter relações afetivas, sendo munido de várias informações falsas, com objetivo de promover repulsa e ódio. Tal situação, comum nas famílias brasileiras, é conhecida como alienação parental.

Nesses termos, o ato de alienação parental decorre da manipulação no desenvolvimento psicológico da criança ou do adolescente causada por algum dos genitores (avós, pais), que tenham a guarda do menor, promovendo a discórdia e a ruptura do vínculo afetivo com o outro genitor. Qualquer um pode ser sujeito ativo do ato, por inúmeros meios: promover um conjunto de informações com objetivo de desqualificar o outro; impossibilitar ou dificultar o contato com o menor; contrariar as imposições legais relativos à convivência familiar; não disponibilizar informações sobre o menor (saúde, educação ou endereço); falsa denúncia contra; modificar o domicílio para impossibilitar ou dificulta o contato (BRASIL, 2010).

A respeito da alienação parental, Figueiredo e Alexandridis, (2003, p. 18) afirma que:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, quando um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, surge um desejo de

vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que uma “lavagem cerebral” feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador. Assim, o infante passa gradualmente a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado.

Os autores Fabio Figueiredo e Georgios Alexandridis interpretam que a dissolução familiar não gera apenas o fim o vínculo matrimonial, mas alienação dos filhos em relação a outro genitor. O egoísmo, vingança, fatores pessoais são motivos para a alienação parental:

Muitas vezes, um dos genitores implanta na pessoa do filho falsas ideias e memórias com relação ao outro, gerando, assim, uma busca em afastá-lo do convívio social, como forma de puni-lo, de se vingar, ou mesmo com o intuito falso de supostamente proteger o filho menor como se o mal causado ao genitor fosse se repetir ao filho (2013, p. 17).

Diante do cenário de conflitos entre pais separados, e a influência negativa sobre o menor, surge a Lei de Alienação Parental (12.318/10), que visa regulamentar o tema.

Fabio Figueiredo e Georgios Alexandridis (2013) tratam a Lei como uma importante ferramenta inibitória a alienação parental, que causam graves prejuízos psicológicos ao menor.

No entanto, Paulo Lôbo (2022) relata que a Lei 12.318 de 2010 não passa de mais um dispositivo legal inócuo, criado para frear críticas sociais afloradas por recorrentes casos de alienação parental nos lares brasileiros. Também nos alerta sobre a previsão de uma sanção civil prevista no § 4º do art. 1.584 do CC/02, conforme alterado pela Lei 13.058, de 2014, na hipótese de descumprimento injustificado da cláusula de guarda unilateral ou compartilhada. A criança não deve ser prejudicada pela redução do número de horas passadas com o progenitor em flagrante violação do princípio do superior interesse da criança.

Mesmo que os pais não vivam mais sob o mesmo teto, a unidade familiar permanece e torna-se indispensável para determinar a repartição do tempo com o menor de forma equilibrada. Havendo ou não potenciais conflitos entre os pais, é importante incluir o que foi acordado em relação à guarda e visitação. O rompimento dos laços familiares não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos. Não podem sentir-se objeto de vingança diante do ressentimento (DIAS, 2016, p. 877).

Fica visível que a alienação parental fere, entre outras coisas, o princípio da dignidade da pessoa humana, em especial o direito básico da personalidade da criança e do jovem a uma convivência saudável com ambos os pais. Prejudica o direito ao respeito, à saúde, afeta a identidade pessoal de crianças e jovens, afeta a integridade psíquica quanto ao processo de educação e faz com que desenvolvam patologias no futuro; e extremas consequências prejudiciais ao desenvolvimento da vida adulta.

5.1 Aspectos Psicológicos da Síndrome da Alienação Parental (SAP)

Todo conteúdo legal relativo à alienação parental não se restringe apenas a questões legais, abrange outras premissas de ordem biológica e patológica. Vários estudiosos converteram esforços com ânimo de analisar os aspectos psicológicos envolvidos na alienação parental, resultando no surgimento da nomenclatura Síndrome de Alienação Parental, visto a influência arraigada pela alienação no âmbito familiar; na perspectiva da psicologia.

A Síndrome da Alienação Parental (SAP), segundo Mariana Moreira (2014), tem sua primeira obra datada de 1980, por intermédio do psiquiatra norte-americano Richard Gardner, que caracterizou a síndrome como a rejeição não justificada do menor a um dos pais no fim do matrimônio.

Nesse sentido, a SAP é uma forma de abuso emocional, pois tende a levar a um enfraquecimento progressivo do vínculo psicológico da criança com genitor afetivo. Em inúmeras situações, as ações resultam no rompimento completo dessa conexão ao longo da vida. O genitor que apresenta esse comportamento tem uma disfunção parental grave e é tão inflexível em subverter a consciência do menor em relação ao outro genitor que não observa as consequências psicológicas que a criança está experimentando como resultado de suas instruções de SAP (GARDNER, 2002).

A psicologia promoveu três estágios tendentes a caracterizar a alienação parental. O estágio inicial é a fase da luz, onde é sutil e a criança começa a receber informações contrárias sobre o pai distante. Isso resulta em uma fase de desconstituição do genitor alienado, durante a qual a criança torna-se desconfiada e repulsiva em relação ao pai. O estágio intermediário é quando o menor alienado se aloca contra as decisões do genitor e, agora, resiste com maior clareza, expressando desejo de distância e vendo apenas o

genitor alienador como o modelo perfeito. A fase grave se confirma quando a criança não aceita mais a proximidade do genitor alienado e demonstra afeto, transformando-se em ódio e antipatia. Nesta última fase a síndrome é caracterizada (SÉRGIO, 2018).

A dinâmica da (SAP) implica a vivência de um vínculo afetivo e privado entre a criança e seus cuidadores. Esse apego é um fenômeno a ser entendido no contexto da teoria do apego. De acordo com Marina Moreira (2014), a segurança do apego de uma criança é intercedida por seus modelos representacionais interiores, que traduzem experiências com seus cuidadores originais. Essas experiências criam expectativas de si mesmo, dos outros e do mundo. Como resultado, a percepção e avaliação da criança sobre o ambiente é influenciada por modelos internos de representação, que podem ser apropriados ou distorcidos.

A alienação parental provoca diversas respostas da criança na presença do genitor alienado, tais como: crianças submetidas a esse tipo de abuso frequentemente apresentam comportamentos desviantes, adotam comportamentos agressivos, tanto verbal quanto fisicamente, comportam-se evasivamente em relação ao genitor rejeitado, usam linguagem adulta e expressões inadequadas para sua faixa etária e são emocionalmente desligadas (EVARIST, 2011).

Cumprindo observar, segundo o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), correu significativo aumento do número de casos de alienação parental no Brasil, indo de 401 casos em 2014, para 4.033 em 2019. Números assustadores. O número de processos de alienação parental teve um aumento de 171%, no ano de 2020, em comparação com 2019 (CNJ, 2019).

Por esse fato, a Lei 12.318 não tem gerado qualquer efeito prático em relação aos casos de alienação parental, que, inclusive, tem aumentado significativamente. Assim, o tópico posterior tem em vista estabelecer uma solução viável para o problema da alienação parental que incide a Síndrome da Alienação Parental.

6 SOLUÇÃO LEGAL PARA A SAP

O projeto de Lei 4.053, de 2008, visa inibir a SAP, por meio de ações no próprio espaço familiar:

A ideia fundamental que levou à apresentação do projeto sobre a alienação parental consiste no fato de haver notória resistência entre os operadores do Direito no que tange ao reconhecimento da gravidade do problema em exame, bem assim a ausência de especificação de instrumentos para inibir ou atenuar sua ocorrência.

São raros os julgados examinando em profundidade a matéria, a maioria deles do Rio Grande do Sul, cujos tribunais assumiram notória postura de vanguarda na proteção do exercício pleno da paternidade. É certo, no entanto, que a alienação parental pode decorrer de conduta hostil não apenas do pai, mas também da mãe, razão pela qual o projeto adota a referência genérica a “genitor”. Também não há, atualmente, definição ou previsão legal do que seja alienação parental ou síndrome da alienação parental (BRASIL, 2008, n.p.).

Nessa entoada, cumpre enfatizar que a Síndrome da Alienação Parental, uma influência psicológica, decorre de ações materiais conhecidas como alienação parental, e, ante o texto, a SAP não dispõe de previsão legal; muitos casos judiciais não estão considerando os impactos gerados na consciência do menor. O judiciário está focado no problema material – alienação parental, que ocorre nos moldes da Lei 12.318, de 2010 – enquanto as sequelas psicológicas permanecem.

A título de exemplo, quando um genitor fica com a guarda do filho menor de idade, é muito comum algumas ações maliciosas com o fim de influenciar a criança a escolher um em detrimento do outro. O judiciário poderá intervir na situação, mas o estrago já está feito. A criança já foi manipulada a repudiar a presença do respectivo genitor. A justiça vai se restringir ao fato material.

Nesse contexto surge o Projeto de Lei 4.053, com dispositivos voltados ao impacto indireto, ou seja, psicológico. O texto prevê que o magistrado deve possuir uma lista de especialistas em psicologia, que deverão prestar auxílio a criança portadora da Síndrome da Alienação Parental. Os exames para constatação da SAP devem ocorrer de imediato, já na fase de instrução processual, pois os impactos gerados pelo genitor alienando - quando houver - poderão ser remediados e amenizados (BRASIL, 2008).

As psicólogas Marina Moreira e Jacqueline Quintana (2014, n.p.) aferem seus argumentos na perspectiva da necessidade de instrução social sobre os impactos que a SAP pode gerar para as crianças e jovens:

Com o intuito de evitar a alienação parental, os genitores deveriam ter consciência de seus atos e, sobretudo, de que o relacionamento conjugal não se confunde com a parentalidade, pois os filhos necessitam da presença de ambos os pais para um desenvolvimento sadio e equilibrado. Percebe-se que o assunto deve ser tratado com muita atenção, não apenas por parte do Poder Judiciário, mas da sociedade na totalidade, devido ao crescente número de conflitos familiares envolvendo processos de disputa entre genitores e,

principalmente, por envolver o interesse de menor, futuro da nossa sociedade.

Por fim, o projeto de Lei 4.053, de 2008 está em perfeita sintonia com as necessidades atuais, ante a omissão do poder público em promover estudos acerca da SAP, que pode gerar sequelas gravíssimas para as crianças e jovens.

7 CONCLUSÃO

A família constitui uma entidade milenar que sempre existiu, protegida por inúmeros códigos ao longo do desenvolvimento da sociedade. No contexto Constitucional brasileiro tal evolução não é diferente. Todos os dispositivos constitucionais anteriores a Constituição Federal de 1988 já previam a família entre as balizas do desenvolvimento social e nacional.

Os demais dispositivos infraconstitucionais decorrentes dos provimentos constitucionais foram (e são) essências na especificação e normatização da relação familiar, prevendo proteção aos seus membros, ao ambiente e os bens decorrentes. No entanto, os problemas ainda persistem. Um deles reside no término da relação familiar, pelo divórcio ou separação, pois aflora um problema grave, a alienação parental exercida sobre crianças e adolescentes.

As crianças e os jovens têm uma condição especial para o desenvolvimento humano. Merecem respeito, cuidado e proteção. Eles gozam dos mesmos direitos e liberdades que os adultos descritos na Declaração dos Direitos Humanos. Direito à dignidade, direito a uma vida familiar saudável, direito à melhor proteção possível de seus interesses e amparado pela doutrina da proteção integral, direito à paternidade responsável, etc. Qualquer violação desses direitos deve ser combatida.

A alienação parental é uma violação de todos esses princípios, constituindo abuso de poder familiar, além de graves consequências psicológicas para o filho e o genitor alienado devido ao afastamento e às manipulações emocionais. Essa prática geralmente ocorre durante o procedimento de separação matrimonial, no qual um deles, motivado por sentimentos destrutivos de vingança, usa o filho como ferramenta para alcançar o outro, manuseando e deturpando a imagem do genitor diante o menor.

A Lei 12.318/10 estabelece medidas para prevenir e reprimir a prática da alienação parental, nas quais os juízes motivam suas deliberações e avaliam qual medida é cabível. Algumas dessas medidas é a anteposição e priorização da guarda partilhada. Quando não há consenso sobre as responsabilidades de cada um dos pais, as sessões de mediação

podem ser usadas para ajudar os pais a chegarem a um consenso juntos. No entanto, esta Lei não vem produzindo efeitos práticos, visto os números retratados anteriormente.

Assim, cumpre expor o Projeto de Lei 4.053 que são dispositivos voltados ao impacto indireto, ou seja, psicológico. O texto prevê que o magistrado deve possuir uma lista de especialistas em psicologia, que deverão prestar auxílio a criança portadora da Síndrome da Alienação Parental. Os exames para constatação da SAP devem ocorrer de imediato, já na fase de instrução processual, pois os impactos gerados pelo genitor alienando - quando houver - poderão ser remediados e amenizados.

Por fim, as ações devem partir da sociedade, do Estado, da comunidade, agindo em sintonia, seja por meio de projetos sociais ou qualquer outro meio que expresse os riscos gerados pela Alienação Parental - que decorre na Síndrome da Alienação Parental - as crianças e jovens.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providencias. Brasília, DF, 13 jun. 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L_8069.htm. Acesso em: 10 abr.2022.

BRASIL. Constituição de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil da Republica federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compil_ada.htm. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera** o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, 26 de ago. 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos20072010/2010/Lei/L_12318.htm. Acesso em: 19 ago de 2022.

CHUNG, Nathalie Maia. **A alienação parental sob a perspectiva do direito fundamental à convivência familiar saudável**. Revista Âmbito Jurídico, São Paulo, v. 44, n. 154, maio de 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/dicoes/revista-148/a-alienacao-parental-sob-a-perspectiva-do-direito-fundamental-a-convivencia-familiar-saudavel/>. Acesso em: 04. jun. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

EVARIST. **Processos de alienação parental disparam no Brasil durante a pandemia.** O Tempo, Belo Horizonte, V. 25, n. 102, ago. 2020. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/processos-de-alienacao-parental-disparam-no-brasil-durante-a-pandemia-1.2672374>. Acesso em: 19 ago de 2022.

FIGUEIREDO, Fábio V.; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Parte Geral.** 14 Edição. Saraiva, 2022.

LÔBO, Paulo Luiz N. **Direito Civil - Famílias.** 8. ed. 5.Vol. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

LENZA, Pedro. **Esquemático: Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9788553619306. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619306/>>. Acesso em: 02 nov. 2022.

MOREIRA, Marina Soares Peres; QUINTANA, Jacqueline. **Síndrome da alienação parental: o direito e a psicologia.** IBDFAM, jan. de 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1002/S%C3%ADndrom+e+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental:+o+direito+e+a+psicologia> . Acesso em: 19 de jun de 2022.

MARILLA, Marina. **Síndrome da alienação parental e o direito.** Direito net, Rio de Janeiro, dez. de 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8794/Sindrome-da-alienacao-parental-o-direito-e-apsicologia> . Acesso em: 20 ago 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de família** - 8. ed., rev. Rio de Janeiro : Forense, 2018.

SERGIO, Caroline Ribas. **A síndrome da alienação parental e seus reflexos no âmbito familiar.** Ago. de 2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10632/A-sindrome-da-alienacao-parental-e-seus-reflexos-no-ambito-familiar>> Acesso em: 25 abr. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito de Família.** 8. Ed. 5. Vol. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 6. Ed. 5.vol. Rio de Janeiro: Saraiva, 2022.

DIREITOS DA PERSONALIDADE: A INTERFACE COM A BIOÉTICA E BIODIREITO

RAFAELA ESPINOSA PERES:

Formada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Pós-graduação lato sensu em Segurança Pública e Cidadania pela Faculdade Dom Alberto. Policial Penal no Estado do Rio Grande do Sul⁹⁷.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a interação entre os direitos da personalidade, a bioética e o biodireito. Os direitos da personalidade são fundamentais para salvaguardar a dignidade humana e a autonomia individual, abrangendo aspectos físicos, morais e psicológicos. A bioética e o biodireito, por sua vez, abordam os dilemas éticos e legais que surgem no campo da biologia, medicina e pesquisa científica. Portanto, este estudo destaca a importância de uma análise cuidadosa das implicações éticas e legais dos avanços científicos na esfera pessoal e íntima das pessoas. Ao compreender a interface entre os direitos da personalidade, a bioética e o biodireito, busca-se desenvolver um ambiente regulatório e ético que promova o bem-estar e o respeito aos direitos individuais, considerando os desafios e as possibilidades trazidos pelas ciências da vida. Dessa forma, utilizou-se da pesquisa bibliográfica para discorrer sobre o tema.

Palavras-chave: Bioética. Biodireito. Autonomia. Ética. Direitos da Personalidade.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, a interseção entre a bioética, o biodireito e os direitos da personalidade tem sido objeto de debates e reflexões intensas. Os avanços científicos e tecnológicos têm levantado questões complexas sobre a dignidade humana, a autonomia individual e a proteção dos direitos fundamentais no contexto das ciências da vida.

Os direitos da personalidade são entendidos como direitos inerentes à pessoa humana, que dizem respeito à sua integridade física, moral e psicológica. Eles são fundamentais para garantir o respeito à individualidade e à dignidade de cada indivíduo. Por outro lado, a bioética e o biodireito são áreas do conhecimento que abordam os dilemas éticos e legais surgidos no campo da biologia, da medicina e da pesquisa científica, buscando estabelecer parâmetros e limites para a atuação nesses campos.

97 E-mail: rafaeperes@hotmail.com

A interface entre os direitos da personalidade, a bioética e o biodireito surge quando os avanços científicos e tecnológicos começam a impactar diretamente a esfera pessoal e íntima das pessoas. Questões como a manipulação genética, a reprodução assistida, a utilização de células-tronco, os testes genéticos e a privacidade no uso de informações genéticas são apenas alguns exemplos de desafios complexos que têm exigido uma análise cuidadosa das relações entre essas áreas.

Nesse contexto, é fundamental conciliar a liberdade de pesquisa e o desenvolvimento científico com a necessidade de proteção da dignidade humana e dos direitos individuais. A compreensão dos direitos da personalidade como um conjunto de prerrogativas que visam salvaguardar a essência e a integridade de cada ser humano torna-se essencial para a construção de um arcabouço jurídico e ético adequado no âmbito da bioética e do biodireito.

Dessa forma, a interface entre os direitos da personalidade, a bioética e o biodireito revela-se como um campo de estudo e reflexão em constante evolução, no qual se busca equilibrar a busca pelo progresso científico e tecnológico com a proteção dos valores humanos mais fundamentais. A análise dessas interações é crucial para a construção de um ambiente regulatório e ético capaz de promover o bem-estar e o respeito aos direitos de todos os indivíduos, considerando os avanços e desafios trazidos pelas ciências da vida.

Dessa forma, no primeiro capítulo será abordado o conceito de direitos da personalidade. Já no segundo capítulo será discorrido sobre a bioética. Por fim, no terceiro capítulo discorre-se sobre o biodireito.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são um conjunto de direitos reconhecidos a todas as pessoas em virtude de sua dignidade e individualidade. Esses direitos têm como base o reconhecimento de que cada indivíduo possui uma esfera de autonomia e integridade que merece proteção jurídica. Ademais, abrangem diversos aspectos da vida humana, tanto físicos quanto psíquicos, e são considerados inerentes à pessoa, ou seja, são direitos possuídos simplesmente por ser um ser humano. Conforme leciona Carlos Alberto Bittar (2015, p. 29):

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

O objetivo dos direitos da personalidade é proteger a dignidade e a individualidade de cada pessoa, assegurando seu desenvolvimento pleno e sua autonomia. Segundo Telles Jr. (1977 apud DINIZ, 2012, p.134) os direitos da personalidade:

(...) São os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.

Dessa forma, esses direitos são considerados irrenunciáveis e inalienáveis, englobando diferentes aspectos da personalidade de um indivíduo, tais como a vida, a integridade física e psíquica, a intimidade, a privacidade, a imagem, o nome, a honra, a reputação, entre outros. Ademais, de acordo com o professor Flávio Tartuce (2020, p.83):

(...) observa-se que os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo. O que se busca proteger com tais direitos são os atributos específicos da personalidade, sendo esta a qualidade do ente considerado pessoa. Em síntese, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade.

Sendo assim, os direitos da personalidade visam garantir o respeito e a proteção dos indivíduos em sociedade. No Brasil, se garante a proteção dos direitos da personalidade pela Constituição Federal. Além disso, o Código Civil brasileiro também estabelece diversas disposições sobre os direitos da personalidade. Importante ressaltar, que, no contexto da bioética e do biodireito, os direitos da personalidade desempenham um papel fundamental, como será visto a seguir.

3. BIOÉTICA E A SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A bioética pode ser conceituada como um campo multidisciplinar que aborda questões éticas relacionadas à vida, saúde, medicina, pesquisa científica e tecnologia biomédica. Ela busca analisar e propor princípios, valores e diretrizes para orientar as práticas e decisões nessas áreas, considerando os impactos éticos, sociais e morais envolvidos.

Seu surgimento foi uma resposta aos rápidos avanços da medicina e da biotecnologia, que apresentam desafios éticos cada vez mais complexos. Dessa forma, seu objetivo é promover uma reflexão crítica sobre as práticas e políticas relacionadas à saúde e à vida, levando em consideração valores como a dignidade humana, a autonomia, a

justiça, a solidariedade e o respeito pela diversidade. De acordo com Maria Helena Diniz (2017, p. 37):

A bioética deverá ser um estudo deontológico que proporcione diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina, que giram em torno dos direitos entre a vida e a morte, da liberdade da mãe, do futuro ser gerado artificialmente, da possibilidade de doar ou de dispor do próprio corpo, da investigação científica e da necessidade de preservação de direito das pessoas envolvidas e das gerações futuras.

Ademais, a bioética, como campo interdisciplinar, tem uma relação intrínseca com os direitos da personalidade. Ela se baseia em princípios éticos fundamentais, como autonomia, beneficência, não maleficência e justiça, que se conectam diretamente aos direitos da personalidade. O respeito à autonomia individual está intimamente ligado à proteção da individualidade e da liberdade de decisão sobre questões relacionadas à saúde e ao corpo. O consentimento informado, por exemplo, é um princípio ético central que envolve o direito da pessoa em tomar decisões informadas sobre intervenções médicas e procedimentos que afetam sua integridade pessoal.

Além disso, a bioética levanta questões éticas complexas, como a experimentação em seres humanos, a manipulação genética e os limites da intervenção médica. Dessa forma, os direitos da personalidade fornecem um arcabouço jurídico e ético para avaliar essas questões e garantir a proteção dos valores humanos fundamentais, como a dignidade e a identidade pessoal.

4. BIODIREITO E SUA INTERFACE COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O biodireito é um ramo do direito que se ocupa das questões jurídicas relacionadas à vida, à saúde, à medicina, à biotecnologia e à pesquisa científica. Ele abrange uma série de normas e princípios que regulam essas áreas, com o objetivo de garantir a proteção dos direitos fundamentais das pessoas e promover o equilíbrio entre o avanço científico e a dignidade humana. Dessa forma, segundo Maria Helena Diniz (2017, p. 33):

Faz-se necessário uma “biologização” ou “medicalização” da lei, pois não há como desvincular as “ciências da vida” do direito. Assim, a bioética e o biodireito caminham *pari passu* na difícil tarefa de separar o joio do trigo, na colheita dos frutos plantados pela engenharia genética, pela embriologia e pela biologia molecular, e de determinar, com prudência objetiva, até onde as “ciências da vida” poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa

humana, pois é preciso evitar que o mundo deságue numa crescente e temível “confusão diabólica”, em que os problemas da humanidade sejam “solucionados” pelo progresso tecnológico.

Sendo assim, o biodireito reconhece que os avanços científicos e tecnológicos podem trazer benefícios significativos para a sociedade, mas também levantam dilemas éticos e morais. Assim, busca-se estabelecer limites e regulamentações para assegurar que essas práticas sejam realizadas de forma ética, respeitando os direitos fundamentais dos indivíduos.

Em razão da complexidade das questões abordadas, o biodireito requer uma abordagem multidisciplinar, envolvendo não apenas o campo jurídico, mas também a bioética, a medicina, a genética, a filosofia e outras áreas do conhecimento. Dessa forma, o biodireito busca garantir que as práticas e decisões nessas áreas respeitem e protejam os direitos da personalidade.

5. CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, exploramos a relação entre os direitos da personalidade, a bioética e o biodireito. A bioética baseia-se nos direitos da personalidade como referência para suas reflexões e orientações. Por sua vez, o biodireito busca conciliar o avanço científico com a proteção dos direitos fundamentais das pessoas. Já os direitos da personalidade fornecem uma base normativa importante para o biodireito, garantindo que as práticas e decisões nessas áreas sejam orientadas por princípios éticos e respeitem a dignidade e a integridade dos indivíduos.

É por meio dessa relação que se busca promover uma reflexão crítica e uma abordagem ética nas práticas de saúde, na pesquisa científica e nas questões relacionadas à biotecnologia. A proteção dos direitos da personalidade é essencial para garantir que as pessoas sejam tratadas com respeito, autonomia e dignidade em todas as fases da vida, diante dos desafios e avanços cada vez mais complexos desses campos.

Dessa forma, é essencial encontrar um equilíbrio adequado entre o progresso científico e tecnológico e a proteção dos valores humanos mais fundamentais. Sendo assim, a interface entre os direitos da personalidade, a bioética e o biodireito representa um campo de estudo complexo e em constante evolução. Ao analisar essa interação, somos desafiados a conciliar a liberdade de pesquisa e desenvolvimento científico com a proteção da dignidade humana e dos direitos individuais. Dessa forma, a busca por um equilíbrio ético e jurídico é crucial para promover uma sociedade que valorize a individualidade e respeite os direitos e a integridade de cada ser humano.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V.1, 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FRAUDE À EXECUÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

VINICIUS DE AGUIAR MORETE:

Discente do Curso de graduação em Direito, na Universidade Brasil, campus Fernandópolis⁹⁸

RESUMO: A fraude à execução atenta à boa fé da sociedade, já que visa lesar aqueles que, por meio de decisão judicial, tiveram seus direitos tutelados pelo Estado. Não bastasse isso, o executado que age em fraude atenta à dignidade da justiça, afrontando ordem emanada do titular do poder jurisdicional. Na justiça do trabalho, a fraude à execução é ainda mais voraz, tendo em vista que, geralmente, o crédito inadimplido por fraude detém natureza alimentar, de modo que tais atos fraudulentos têm o condão de ceifar o alimento da mesa do trabalhador, atentando à dignidade da pessoa humana. Assim, o presente estudo tem por finalidade, partindo do pressuposto de que a fraude à execução se trata de, no sentido de violação ao princípio da boa-fé processual, esclarecer aos operadores do direito o modo em que se dá a fraude à execução, bem como os meios e ferramentas de pesquisa patrimoniais para deflagrá-la e obter, de fato, a prestação jurisdicional mediante o recebimento do crédito laboral.

Palavras- chave: Fraude à execução, fraude contra credores, ferramentas de pesquisa patrimonial, justiça trabalhista.

ABSTRACT: Execution fraud undermines the good faith of society, as it seeks to harm those who, through a court decision, had their rights protected by the State. As if that were not enough, the debtor who acts in fraud against the dignity of justice, facing an order issued by the holder of the jurisdictional power, that is, the Judiciary. In labor law, execution fraud is even more voracious, considering that, as a rule, credit defaulted due to fraud has a food nature, so that such fraudulent acts have the ability to remove food from the worker's table, respecting the dignity of the human person. Thus, the purpose of this study, based on the assumption that execution fraud is, in the sense of violating the principle of procedural good faith, clarifying to legal operators the way in which execution fraud takes place, as well as the means and tools of heritage research to trigger it and obtain, in fact, the judicial provision upon receipt of labor credit.

Keywords: Execution fraud, fraud against creditors, asset research tools, labor justice.

1. INTRODUÇÃO

⁹⁸ E-mail: viniciusmorete@trt15.jus.br

A boa-fé processual é princípio que deve nortear as lides na justiça brasileira, entretanto, na maioria das vezes, o que se verifica é a prática, por parte daqueles que perderam a demanda judicial, de atos que visam o afastamento do cumprimento da obrigação decorrente do comando sentencial.

No âmbito da justiça trabalhista – que é o enfoque do estudo – é comum o trabalhador obter a tutela do judiciário, no tocante ao seu direito material lesado, sem, no entanto, conseguir receber o crédito obtido.

Isso se dá, entre outros fatores, a práticas fraudulentas, em que os executados se utilizam de meios ardis, tais quais, alienação em fraude, fraude sucessória, fraudes societárias e blindarem seu patrimônio e se esquivarem das obrigações fixadas pelo Juízo Trabalhista.

Com especial dedicação a este fato e analisando suas implicações, este estudo propõe-se a analisar os tipos de fraudes à execução com o intuito de observar as formas multifacetadas em que os indivíduos buscam atentar contra a dignidade da justiça e assim prejudicar a parte vencedora do processo.

Um ponto importante e que merece destaque é que este artigo, desde logo, irá diferenciar a fraude contra credores da fraude à execução, para que não haja confusão quanto à aplicação dos termos ou mesmo que sejam erroneamente tidos como sinônimos, bem como para adoção da medida judicial adequada.

2. DIFERENÇA ENTRE FRAUDE À EXECUÇÃO E FRAUDE CONTRA CREDITORES

Embora possa haver algum tipo de semelhança entre os institutos da fraude à execução e fraude contra credores, é importante destacar que não pode existir confusão entre os ambos, visto que, conforme explicita Bezerra Leite (2022, p.3574), em seu de *Curso Direito Processual do Trabalho*:

“Não se deve confundir fraude à execução com fraude contra credores. Aquele é instituto eminentemente processual, devendo o juiz reconhecê-lo de ofício e apurar a responsabilidade nos mesmos autos do processo em que for constatado este ato atentatório à dignidade da justiça; este é instituto de direito material (CC, art. 158) concernente a um defeito do ato jurídico que depende da existência do *consilium fraudis*, apurada em ação própria (pauliana ou revocatória), como, aliás, prevê a Súmula 195 do STJ.” (Bezerra Leite, 2022,p.3.574)

Desse modo, depreende-se que a fraude à execução trata-se de instituto processual que deve ser reconhecida pelo magistrado de ofício dentro dos autos do processo.

Já a fraude contra credores consiste num instituto de direito material a qual é apurada em ação própria para esse fim.

Ainda nesta seara da distinção entre a fraude à execução e contra credores, os tribunais do trabalho têm dado importantes contribuições no sentido de esclarecer ao operador do direito processual do trabalho os pontos-chaves que evidenciam as diferenças entre os dois institutos, como se verifica no julgado a seguir:

FRAUDE À EXECUÇÃO E FRAUDE CONTRA CREDITORES. DIVERSIDADE DE INSTITUTOS. Não se confundem fraude à execução e fraude contra credores, pois no primeiro há ineficácia do ato de transferência patrimonial e não se inquire a existência de intuito fraudatório da parte, a qual é presumida e na segunda há necessidade de prova do *eventus damni* e do *consilium fraudis*. Além disso, a fraude à execução é declarada incidentalmente, enquanto a fraude contra credores apenas pode ser reconhecida através da ação pauliana (TRT 2ª R., AP 00022037320135020041, Rel. Des. Ivani Contini Bramante, 4ª T., DEJT 28-3-2014).

Neste julgado fica claro e evidente que, para se caracterizar a fraude à execução, é necessário que haja a ineficácia do ato de transferência patrimonial, além de que a fraude à execução é declarada incidentalmente, enquanto, a fraude contra credores deve ser comprovada por meio da prova do evento danoso e da fraude, devendo ser alegada em ação pauliana, como dito anteriormente.

3. TIPOS DE FRAUDE À EXECUÇÃO

Com a compreensão das distinções existentes entre fraude à execução e fraude contra credores, podemos passar a análise dos tipos de fraude à execução.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não aborda aprofundadamente as modalidades de fraude à execução.

Porém, como se vê no artigo 9º, abaixo transcrito, e parágrafo único dos art. 10-A e 448-A, todos da CLT, ela repudia a prática de tais atos, seja para declarar nulos os atos praticados com intuito de fraudar os seus dispositivos legais, seja para imputar responsabilidade daqueles que participam de atos fraudulentos para se esquivar das obrigações trabalhistas:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

O Código de Processo Civil, por sua vez, trata da fraude à execução nos artigos, 792 e 828 (disposições sobre a alienação em fraude), bem como §3º do art. 855, o qual dispõe sobre a fraude à penhora de créditos.

Dada a omissão da CLT acerca dos assuntos abordados pelos referidos artigos do direito processual cível, tais artigos são de aplicação subsidiária ao processo trabalhista, conforme art. 769 da CLT, *in verbis*:

Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Conforme se verifica acima, a legislação é pouco abrangente em relação aos casos de fraude à execução, no entanto, tratando-se de leis processuais trabalhistas e cíveis, não seria razoável exigir tipificação das inúmeras condutas que têm, por fim, burlar as obrigações emanadas do poder jurisdicional.

Nesse sentido, as legislações a respeito são cristalinas a repudiar, ainda que na maioria dos dispositivos apenas genericamente, e tonar nulos e ineficazes atos processuais praticados em fraude.

Tecidas as considerações acima, necessário esclarecer que a fraude à execução tem por escopo blindar o patrimônio dos executados por meio ardis, sempre de modo premeditado, antes mesmo do início da execução ou já no curso dela, seja por meio da ocultação dos sócios (constituição de empresas em nome de "laranjas", alterações societárias fraudulentas, fraude sucessórias) ou pela transferência do patrimônio da empresa e/ou dos sócios para terceiros de boa-fé e, principalmente, "laranjas".

Necessário, antes de adentrar nos meios das fraudes, necessários esclarecer a figura dos sócios e responsabilidade deles ante os créditos trabalhistas.

Se no âmbito das demandas de natureza civil a responsabilização dos sócios é exceção, nos termos do artigo 50 do Código Civil e, ainda, do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, no âmbito trabalhista a desconsideração da personalidade jurídica sempre foi regra, tendo sido positivada pela reforma trabalhista (Lei n. 13.467 de 2017) que deu redação ao artigo 10-A da CLT, de modo a positivar, inclusive, a responsabilização dos

sócios retirantes, o qual também já era responsabilizado, por regra, antes mesmo da disposição legal. Vejamos:

Art. 10-A. O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - a empresa devedora; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - os sócios atuais; e (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - os sócios retirantes. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Em parênteses ao assunto desconconsideração da personalidade jurídica, fica a preocupação do legislador com a prática de fraude societária, disposta no parágrafo único do dispositivo legal supracitado.

Assim, o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica é teoria amplamente adotada na seara trabalhista, confirmada pela doutrina e ampla jurisprudência. Nesse sentido, vejamos o ensinamento de Bezerra Leite (2022, p.3213):

"É importante assinalar que o instituto da desconconsideração da pessoa jurídica encontra-se previsto no art. 28, § 5º, da Lei n. 8.078/90 (CDC), que, adotando a Teoria Menor, pode ser aplicado, por analogia, ao processo do trabalho, "sempre" que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores" (e nós acrescentamos, aos trabalhadores). Nesse sentido, já admitiu o TST, explicitamente, a aplicação do art. 28 do CDC ao processo trabalhista:

AÇÃO RESCISÓRIA – COISA JULGADA – OFENSA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. 1. Ação rescisória contra acórdão proferido em agravo de petição que mantém a desconconsideração da personalidade jurídica da empresa Executada e declara subsistente penhora em bens de ex-sócio. 2. Não viola os incisos II, XXXV, XXXVI, LIV e LVII do art. 5º da Constituição

Federal a decisão que desconsidera a personalidade jurídica de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, ao constatar a insuficiência do patrimônio societário e, concomitantemente, a dissolução irregular da sociedade, decorrente de o sócio afastar-se apenas formalmente do quadro societário, no afã de eximir-se do pagamento de débitos. A responsabilidade patrimonial da sociedade pelas dívidas trabalhistas que contrair não exclui, excepcionalmente, a responsabilidade patrimonial pessoal do sócio, solidária e ilimitadamente, por dívida da sociedade, em caso de violação à lei, fraude, falência, estado de insolvência ou, ainda, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. Incidência do art. 592, II, do CPC, conjugado com o art. 10 do Decreto n. 3.708, de 1919, bem assim o art. 28 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). 3. Recurso ordinário a que se nega provimento (TST ROAR n. 727.179, SBDI 2, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU 14-12-2001).

Isso posto, passaremos agora ao estudo dos modos de operação da fraude à execução.

3.1. FRAUDE NA ALIENAÇÃO DE BENS / ALIENAÇÃO PATRIMONIAL FICTA

A fraude na alienação de bens, para fins didáticos, pode ser dividida em dois tópicos: alienação em fraude, propriamente dita, e a transferência patrimonial ficta.

A alienação em fraude ocorre quando o devedor sabendo que existe contra si uma ação em andamento, em fase ou não de execução, passa a se desfazer de seus bens, transferindo-os para terceiros de boa-fé, liquidando seu patrimônio que seria atingido pela execução.

Já a alienação patrimonial ficta ocorre quando o sócio da empresa executada sabendo que existe contra si uma ação em andamento, transfere o seu patrimônio para laranjas (pessoas do seu íntimo, muitas vezes familiares, amigos ou até mesmo funcionários), mantendo-o para seu usufruto, posse e propriedade, de fato.

A alienação fraudulenta pode se dar pela venda, de fato, dos seus bens a terceiros de boa-fé, os quais também são vítimas do executado fraudador.

Vejam, as seguir, o norte dado pelo artigo 792 do Código de Processo Civil de 2015, a esse respeito:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.

§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

§ 3º Nos casos de descon sideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende descon siderar.

§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.

Há de se frisar que, considerando a vidência do Novo Código de Processo Civil, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva, sendo que constou da referida Instrução Normativa entendeu por ser aplicável o art. 792 acima transcrito, ao processo do trabalho, vejamos:

Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

(...)

XIII - arts. 789 a 796 (responsabilidade patrimonial);

Assim, a fraude na alienação de bens, conforme discorrido acima, tem por escopo a liquidação do patrimônio que será atingido por ação judicial já em curso, sendo tal matéria já zelada pelo Código de Processo Civil.

Doutro lado, a alienação patrimonial ficta, não visa a liquidação do patrimônio, ela busca forjar a transferência, de modo que alienante desvie a execução de seu patrimônio, fingindo o ter alienado a terceiros de boa-fé, que, na verdade são, seus laranjas (inclusive pessoas jurídicas, conforme abaixo exposto).

Desse modo, na alienação patrimonial ficta a transferência do patrimônio agente fraudador (empresas reclamadas ou sócios) só ocorre no plano documental, de maneira que o fraudador permaneça com o patrimônio para seu usufruto, posse e propriedade, de fato.

Tais “laranjas” agem também de má-fé, eis que emprestam seu nome para transferência dos bens.

Da mesma maneira, o empresário pode transferir fictamente seus bens para pessoas jurídicas, com as quais não possui vínculos jurídicos.

Nesse caso, o patrimônio é transferido fictamente para pessoa jurídicas de fachada, para holdings patrimoniais ou para Offshore.

Em breve síntese, uma empresa de fachada é aquela que apenas detém roupagem formal junto aos órgãos competentes, mas não exerce, de fato, nenhuma atividade empresarial.

Já as holdings patrimoniais são empresas cujo objeto social é a administração, de forma despersonalizada, de bens de terceiros, de modo que, estando o patrimônio do empresário vinculado à pessoa jurídica estranha a lide processual, este não é atingido por execução judicial.

Por fim, as empresas tipo Offshore, são pessoa jurídicas abertas legalmente em outros países, mas que detém o benefício do sigilo fiscal, logo, tornam-se inacessível nas

pesquisas básicas de bens de sua propriedade e conseqüentemente a expropriação desses bens via execução judicial.

Em quaisquer das hipóteses (alienação em fraude para terceiros ou alienação patrimonial ficta), se constata a fraude, a alienação será tornada ineficaz, retornando a propriedade ao status anterior (propriedade do devedor) e podendo ser alcançado o bem alienado em fraude ser atingido pela execução em curso.

No caso de alienação patrimonial ficta, tal situação pode ser verificada por meio de ferramentas como redes sociais (em que os alienantes ostentam ser os reais proprietários dos bens alienados) e também por outras ferramentas capazes de demonstrar vínculos (de parentesco, jurídico, bancário) entre os alienantes e os alienatários, quais sejam, I CCS, INFOSEG, CENSEC, SIGNO, CRC-Jud.

Importante também verificar também a cadeia dos registros de transferência de propriedade, eis que, tanto em caso de imóveis, quanto em caso de móveis, é comum a transferência "temporária" do bem a um terceiro, que aparentemente seria um comprador de boa fé, mas na seqüência o bem é transferido para laranjas dos executados, parentes ou pessoa de extrema confiança.

3.2. FRAUDE SUCESSÓRIA / FRAUDE SOCIETÁRIA / GRUPO ECONÔMICO

A fraude à execução também pode ocorrer pela desvirtuação dos seguintes institutos existentes no ordenamento jurídico brasileiro: sucessão empresarial, alterações societárias e grupo econômico.

Em todos os casos supra, verificada a fraude, deverão os participantes serem responsabilizados solidariamente pelas obrigações trabalhistas.

A sucessão empresarial é um meio de transferência da propriedade e do conjunto de bens de uma pessoa jurídica para outra, a qual prosseguirá executando as atividades da anterior.

No direito empresarial, dá-se o nome a esse procedimento de Trespasse. Vejamos:

"Trespasse significa transferir a propriedade para outro; ou ato de passar, o que muitas vezes é vislumbrado na prática por placas com os seguintes dizeres: "passa-se o ponto". No Direito Empresarial, trespasse cuida-se da alienação do estabelecimento, ou seja, que este pode ser objeto de direitos, ou que pode ser negociado" (TEIXEIRA, 2022, p.217).

O sucessor do estabelecimento, no direito empresarial, responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, sendo que o sucedido continuará sendo devedor solidário, porém pelo lapso de apenas um ano. Vejamos:

"Em razão da venda do estabelecimento, o adquirente responde pelos débitos anteriores deste (desde que contabilizados). E, pelos mesmos débitos anteriores, o alienante continua solidariamente responsável por 1 ano (CC, art. 1.146)." (TEIXEIRA, 2022, p.217).

Para que não paire dúvidas, abaixo o dispositivo legal do Código Civil:

Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

Se em relação aos créditos cíveis a responsabilidade do sucedido é solidária, mas por um lapso de apenas um ano, na seara trabalhista o cenário é diferente, já que o sucessor passa a ser o responsável pelo crédito trabalhista, não obstante posição jurisprudenciais no sentido da responsabilização subsidiária do sucedido.

O art. 10 da CLT dispõe que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados (BRASIL, 2023).

Também no sentido de resguardar os direitos adquiridos do trabalhador, o artigo 448 da CLT determina que a mudança na propriedade da empresa não afetará os contratos de trabalho dos empregados. Vejamos:

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Por fim, o art. 448-A da CLT, *in verbis*, dispõe literalmente sobre responsabilidade:

Art. 448-A. Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Pelos dispositivos legais supra, não haveria que se falar em qualquer responsabilidade do sucedido, sendo a responsabilidade total da empresa sucessora.

Não obstante, é preciso trazer entendimento jurisprudencial no sentido da responsabilização subsidiária do sucedido em casos de evidente incapacidade econômica do sucessor. Vejamos:

Sucessão. Responsabilidade do sucedido. A sucessão, ainda que consista na substituição de uma das partes na relação jurídica, não exige o empregador sucedido das obrigações do seu período, à vista dos princípios que se encerram nos arts. 10 e 448 da CLT (preservação do contrato e dos direitos dos empregados). Interpretação em contrário consagraria a imoralidade e a fraude, permitindo a manobra em que o empregador se faz substituir por outro, não raro inidôneo, para escapar ileso das obrigações trabalhistas, em clara afronta à concepção constitucional da dignidade humana, na medida em que isso, em última conseqüência, significa exploração do trabalho humano (TRT/SP 20010207214 - RO - Ac. 1ªT. 20010800179 - DOE 15/01/2002 - Rel. Eduardo de Azevedo Silva).

Considerando a responsabilidade do sucessor, a sucessão fraudulenta consiste em vender, transferir uma empresa - já afetada, ou na iminência de ser afetada, por dívidas e obrigações trabalhistas - para outra pessoa jurídica, de propriedade de um sócio "laranja", para que somente a nova empresa e seus sócios (em momento futuro), ambos sem lastro patrimonial, sejam responsabilizados pelos deveres trabalhistas.

Assim, comum a empresa sucedida e seus sócios alienarem em fraude seu patrimônio (prejudicando credores e terceiros de boa-fé) enquanto os sucessores, sem alicerce patrimonial, ficam na mira da execução.

Ou seja, na fraude sucessória o agente fraudador visa continuar ocultamente em seu ramo de atividade por meio de uma nova empresa, sem lastro patrimonial, de modo a esquivar-se da execução trabalhista.

A fraude societária, por sua vez, consiste em alterações no quadro societário da empresa. Nessa hipótese, embora não haja a sucessão (transpasse) de uma empresa para outra, pode haver a transferência, total e/ou parcial, das quotas da empresa.

Consoante já abordado acima, no direito do trabalho é regra a desconsideração da personalidade jurídica com a responsabilização dos sócios, inclusive os retirantes, pelos créditos decorrentes das condenações na justiça do trabalho.

Assim, necessário abordar a figura do sócio retirante, aquele que se retira do quadro societário da empresa.

Nos termos do inciso III, do art. 10-A da CLT, o sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade somente em ações ajuizadas até dois anos da averbação de sua retirada, devendo ser responsabilizado somente após a verificação da insolvência da empresa devedora e dos seus sócios atuais, incisos I e II do retrocitado artigo (BRASIL, 2023).

Por consequência do inciso III, do artigo 10-A da CLT, a saída do sócio, após transcorrido o lapso bienal, o isentará de responsabilidade pelos créditos trabalhistas.

Logo, torna-se comum sócios/proprietários, com lastro patrimonial, agirem de má-fé, por meio alterações societárias premeditadas para se esquivarem das obrigações trabalhistas futuras.

Porém a retirada da sociedade é apenas ficta, ocorrendo de maneira em que o agente fraudador cede suas cotas a um novo sócio "laranja", sem lastro patrimonial, para se esquivar de ações trabalhistas futuras ou mesmo alienar seu patrimônio (antes de ser citado da sua entrada no polo passivo na condição de sócio retirante). Surge aqui a figura do sócio oculto, o qual permanece na direção e controle da empresa e dos seus ativos, por meio de relacionamentos com o sócio "laranja".

Depreende do já exposto que, considerando que as pessoas jurídicas praticam seus atos por meio de seus representantes, a fraude sucessória e/ou societária carecem da ação de, pelo menos, duas pessoas naturais em conluio: o agente fraudador e um terceiro (laranja) ou membro da família, que não deixa de ser uma espécie de laranja.

Surge aqui a figura do grupo econômico fraudulento, o qual, da mesma forma, enseja a responsabilidade solidária dos participantes.

Conforme veremos a seguir, os integrantes do grupo econômico (com fins lícitos), previsto no art. 2º da CLT, são responsáveis solidários pelos créditos trabalhistas.

O grupo econômico, assim como os demais institutos, também tem sua figura positivada na CLT. Para abordá-lo, primeiramente necessário tecer brevemente sobre a figura do empregador.

Nos termos do art. 2º da CLT, empregador é a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço (Brasil, 2023).

A Consolidação da Leis do Trabalho (§1º do artigo 2º) equipara ainda como empregador os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Pelos dispositivos acima, nota-se que o escopo do legislador foi garantir a continuidade no emprego, a fim de que as alterações jurídicas do empregador não ensejassem o rompimento da relação empregatícia e trouxesse prejuízos ao empregado. Nesse sentido, vejamos:

“Contudo, ao vincular o empregado à empresa, e não ao seu titular ou ao empresário, evitou o legislador que as alterações em sua estrutura jurídica (morte dos respectivos titulares, sucessão na titularidade etc.) ensejassem o rompimento da relação empregatícia, como deixa claro o art. 448 deste mesmo Estatuto.” (ALMEIDA, 2022, p.140).

Não obstante, as empresas (organizações econômicas), com finalidade de produzir ou circular bens e serviços, ganharam grandes proporções, aumentando e diversificando seus arranjos societários em seus atos constitutivos, como, por exemplo, as Sociedades Anônimas.

Do mesmo modo, com o passar do tempo, e visando a obtenção de lucros maiores, as empresas passaram a associarem-se umas às outras, de maneira a terem personalidades jurídicas distintas, porém, sendo interligadas por interesses interligados. Trata-se essa União de empresas e empresários (Grupo Econômico).

A previsão de grupo econômico tem o condão de proteger o trabalhador, tornando todas as empresas que o compõem responsáveis solidariamente pelos direitos trabalhistas, ampliando as possibilidades de adimpli-los.

Isso posto e dada a necessidade de proteção ao trabalhador, ante as novas formas societárias e agrupamento de empresários, a CLT no § 2º do art. 2º, dispôs que as empresas/empregadores serão responsáveis solidariamente pelas obrigações da relação de empresa quando compuserem grupo econômico. *In verbis*:

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. (Alterado pela Lei n. 13.467, de 13-7-2017.)

No entanto, a reforma trabalhista, tendo em vista o já sedimentado posicionamento da Justiça do Trabalho quando à desconsideração da personalidade jurídica das empresas para responsabilização dos sócios, acrescentou à CLT o §3º do art. 2º, visando reforçar a ideia de que a responsabilização em caso de grupo econômico deve acontecer em caso de comunhão de interesses e não pela mera identidade dos sócios. Abaixo a transcrição do dispositivo legal:

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. (Inserido pela Lei n. 13.467, de 13-7-2017.)

Maurício Godinho Delgado, no livro *A Reforma Trabalhista no Brasil*, Editora LTR, 2017, explana que o não enquadramento em grupo econômico com base no § 3º do art. 2º da CLT apenas deve ser aplicado em situações artificiais, na qual a participação societária de um ou outro sócio nas empresas envolvidas seja minúscula, irrisória, insignificante, inábil a demonstrar a presença *“do interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas dele integrantes”*

Tecidas as noções acima, tem-se que a existência de grupo econômico não implica fraude, mas, sim, um meio para as empresas para auferirem lucros maiores.

Embora o fim do grupo econômico não seja a fraude, sua figura pode ser utilizada para blindagem patrimonial e desvio das obrigações de arcar com as responsabilidades trabalhistas.

Se os integrantes de um grupo econômico, com fins lícitos, devem, como já exposto, ser responsabilizados solidariamente pelas obrigações trabalhistas, incontestavelmente os integrantes de grupo econômico formado com intuito fraudulento deverão, da mesma forma, serem responsabilizados.

O *Modus Operandi* do grupo econômico fraudulento é praticamente o mesmo das fraudes sucessórias e societárias.

Os agentes praticam inúmeros atos na direção de empresas que compõe o grupo econômico, tais quais, abertura de novas empresas em nome de terceiros (membros da família ou laranjas), encerramento de outras empresas do grupo, alterações fictícias de endereços, atividade e quadro societário, de modo a manterem-se no controle total da atividade empresarial e dos ativos dela provenientes e esquivarem-se das obrigações trabalhistas.

Na verdade, os agentes fraudadores (verdadeiros proprietários das empresas que compõem o grupo econômico), praticam inúmeras fraudes sucessórias e societárias para, de modo coordenado, permanecer auferindo lucros advindos da atividade econômica sem arcar com as responsabilidades trabalhistas dela advindas.

Assim, constatada a fraude, seja na sucessão empresarial, seja na alteração societária, seja no grupo econômico, devem os envolvidos - empresas, laranjas e sócios ocultos que participaram de alguma forma da fraude - responderem solidariamente pelas obrigações inadimplidas, conforme preconiza a própria CLT (§ 3º do art. 2º, parágrafo único do art. 10-A e parágrafo único do art. 448-A):

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. (Alterado pela Lei n. 13.467, de 13-7-2017.)

(...)

Art. 10-A. O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência:

Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

(...)

Art. 448-A. Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os

empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Parágrafo único. A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência.

A verificação, porém, desse tipo de fraude, em regra, é árdua. Ela exige amplo cruzamento de dados e uso de inúmeras ferramentas de pesquisa patrimonial, as quais retornam informações vultosas.

Assim, ferramentas de nível “intermediário” de complexidade, tais quais, CCS, INFOSEG, SNIPER, CENSEC, SIGNO, CRC-Jud, podem trazer informações valiosas e suficientes para deflagração de sócios ocultos, laranjas e empresas de fachada e, conseqüentemente, responsabilização dos envolvidos por fraude societária, sucessão empresarial fraudulentas ou ainda grupos econômicos fraudulentos (inclusive familiar).

Há de se frisar ainda, conforme desdobramentos do item 5 do presente trabalho, o importante papel das partes na indicação de meios efetivos à execução, inclusive indícios de fraude ou ocultação patrimonial, os quais darão, principalmente, direcionamento ao Juízo para realização das pesquisas e pessoas a serem investigadas, para confirmação ou não da fraude suscitada.

4. FERRAMENTAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DEFLAGRAÇÃO DE FRAUDE

Conforme exposto, muitas são os meios de frustrar o prosseguimento da execução.

Entretanto, atenta a este fato e objetivando a redução dos casos de fraudes à execução, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução nº 138 de 24 de junho de 2014, em que dentre outras coisas estabelece a criação de um Núcleo de Pesquisa Patrimonial para auxiliar os Tribunais Regionais e Varas do Trabalho na busca por bens que estejam sendo ocultados pelo devedor.

O judiciário trabalhista tem cada vez mais buscado ferramentas para deflagrar fraudes na execução trabalhista, a fim de que o trabalhador obtenha efetivamente a tutela jurisdicional por meio do recebimento do seu crédito.

As ferramentas disponibilizadas pela justiça laboral - na busca de vínculos jurídicos, fraudulentos ou não, que possibilitem o atingimento patrimonial da execução inadimplida - visam alcançar pessoas (sócios formais e ocultos, pessoas jurídicas, relação de parentesco, vínculos empregatícios, procurações, endereços etc), assim como bens (dinheiro e aplicações, valores mobiliários, veículos, imóveis, aeronaves, embarcações, direitos etc).

Antes de abordar as ferramentas existentes, para fins didáticos, iremos distingui-las em básicas, intermediárias e avançadas.

Nesse sentido, a justiça especializada do trabalho dispõe de instrumentos de pesquisas que proporcionam retorno de informações mais simples e diretas e de maior facilidade no seu tratamento e análise, bem como ferramentas de pesquisa avançadas, que retornam informações detalhadas e específicas de determinadas situações e que demandam maior complexidade e tempo para pesquisa e análise das informações obtidas.

Importante registrar que cada dispositivo de pesquisa possui determinada finalidade na busca de informações relevantes às execuções trabalhistas.

As ferramentas de pesquisas básicas, usualmente utilizadas em quaisquer execuções, têm por escopo a busca de bens das pessoas já incluídas no polo passivo, não obstante possam trazer indícios de fraude. Vejamos:

SISBAJUD: permite encaminhar eletronicamente ordens de bloqueio de ativos financeiros vinculados à pessoa executada e depositados em instituições participantes do Sistema Financeiro Nacional, tendo como grande inovação a ferramenta “teimosinha” que possibilita a repetição diária das ordens de bloqueio. Além disso, é possível obter informações cadastrais e bancárias, tais como endereço, telefone, saldo e extrato dos correntistas pesquisados. Os bloqueios da ferramenta incluem também cooperativas de crédito e corretoras e distribuidoras de valores mobiliários, permitindo o bloqueio de valores e títulos em nome do executado.

JUCESP: possibilita obtenção da ficha cadastral de empresas e documentos arquivados, proporcionando a verificação dos sócios atuais – para fins da Desconsideração da Personalidade Jurídica, alterações societárias, sócio-retirante, sócio administrador, eventuais alterações de endereço, objeto social, capital social etc;

RENAJUD: é possível localizar veículos em nome das pessoas pesquisadas e encaminhar ordens de restrição de circulação e transferência.

ARISP: Por meio do sistema Penhora Online, desenvolvido pela Associação dos Registradores de Imóveis do Estado de São Paulo – Arisp - é possível consultar a existência de imóveis que estão sendo objeto de execução e ainda aqueles que se encontram livres e desembaraçados. Importante frisar que a pesquisa tem abrangência apenas no Estado de São Paulo.

CNIB: ainda que não se trate de uma ferramenta de pesquisa, a Central de Indisponibilidade possui alcance nacional e permite gravar com indisponibilidade os bens imóveis dos executados, inclusive aqueles que venham a adquirir no futuro, ela ainda retorna os imóveis de titularidade dos executados.

INFOJUD: possibilita obtenção de informações cadastrais e declarações, tais quais, Declaração do Imposto de Renda da Pessoa Física – DIRPF, Declaração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – DIPJ, Escrituração Contábil Fiscal – ECF, Declaração do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – DITR, Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias - DIMOB (operações de aluguel), Declaração de Operações Imobiliárias – DOI (aquisição e venda), Declaração de Operações com Cartão de Crédito – DECRED (recebimento por meio de maquininha).

Tais ferramentas básicas, principalmente em conjunto com outras, podem ser suficientes para indicação de fraudes. Por exemplo, a análise da ficha cadastral completa da JUCESP pode indicar fraude societária (sócios ocultos que se retiraram da sociedade, mas permanecem no controle das empresas). Outro exemplo, a pesquisa ARISP pode indicar fraude na alienação de bens.

Se, por meio das ferramentas supra, não forem localizados bens poderão ser utilizadas a ferramentas a seguir, neste artigo intituladas, para fins didáticos, de ferramentas intermediárias. Tais ferramentas visam investigar práticas fraudulentas para ocultação patrimonial. São elas:

SNIPER: ferramenta ainda em desenvolvimento, na data da elaboração do presente estudo, possibilita ou possibilitará acesso à base de dados:

- a) Da receita federal, para obter a relação de responsáveis e sócios atuais de uma empresa, sendo possível localizar outras empresas, e veículos vinculados a determinada pessoa – natural ou jurídica;
- b) Do TSE para verificação de informações relacionadas a candidaturas e bens declarados;
- c) Da Controladoria-Geral da União para obter informações sobre sanções administrativas, relação de empresa inidôneas e suspensas, entidades sem fins lucrativos impedidas empresas punidas e ainda acordos de leniência. Tais informações podem trazer indícios de práticas fraudulentas de modo a iniciar outras pesquisas patrimoniais;
- d) Da ANAC e do Tribunal marítimo, possibilitando obter listagem de embarcações e aeronaves;
- e) do CNJ – Conselho Nacional de Justiça -, possibilitando informações sobre processos judiciais, partes e assuntos dos processos;

INFOSEG: também possibilita acesso à base de dados da Receita Federal para localização de responsáveis e quadro societário de empresas, além de veículos.

CCS: importantíssima ferramenta para obter informações que possam identificar relações entre as empresas e pessoas com poderes para movimentar suas contas, indicando a possibilidade de que algum dos representantes seja eventualmente o real favorecido pelos frutos do exercício da atividade econômica;

A CRC-Jud: consultar todas as bases estaduais contendo registros de nascimentos, óbitos, casamentos, divórcios, etc. que possam ser de interesse para a condução dos processos;

CENSEC / SIGNO: obter informações relativas ao registro de procurações e escrituras públicas;

REDES SOCIAIS: A consulta às redes sociais, tais como Facebook, Instagram, etc., pode ser de grande relevância para caracterizar o comportamento dos sócios, especialmente com a identificação de elementos que sirvam de indícios de enriquecimento ou externalização da riqueza. É comum que devedores contumazes, depois de dilapidar o patrimônio da empresa, continuem ostentando riqueza por meio de fotografias ou manifestações em redes sociais, bem como é comum que os sócios, mesmo não constando do quadro social, se comportem na rede social como proprietários das empresas.

As ferramentas retrocitadas – por si só ou em análise conjunta com os dados obtidos anteriormente pelas pesquisas básicas – são suficientes e perfeitamente capazes de deflagrar práticas fraudulentas, tais quais sócios ocultos, alienações patrimoniais fictícias, fraudes sucessórias e grupos econômicos.

Não encontrada solução à execução por meio de todas as ferramentas supracitadas, é possível concluir que a execução será frustrada, pois, salvo em casos excepcionalíssimos, tais ferramentas não terão o condão de indicar práticas fraudulentas e localizar o patrimônio ocultado.

Porém, há ainda outras duas ferramentas, aqui denominadas, para fins instrutivos, de ferramentas avançadas: SIMBA e COAF, ambas afastam o sigilo bancário dos pesquisados e demandam análise de vultosos dados e informações e, por isso, só devem ser utilizadas, após decisão fundamentada da autoridade judicial, se houver pedido fundamentado da parte exequente com indicação de fatos, circunstâncias e/ou fortes indícios de autoria de fraude à execução e ocultação patrimonial, ou ainda utilizadas ex officio caso haja nos autos tais elementos.

No caso de mero peticionamento deve o requerimento ser indeferido, e, no caso de não haver indícios de fraude, não deve o judiciário ex officio utilizar tais ferramentas avançadas, por medida de economia e celeridade processual.

SIMBA: O afastamento de sigilo bancário pode apontar movimentações de valores em favor de possíveis sócios de fato das empresas, especialmente se outros indícios apontam que as operações não possuem lastro.

COAF: traz informações acerca de operações financeiras envolvendo as pessoas pesquisadas, inclusive aquelas realizadas fora do Sistema Financeiro Nacional (em espécie, por exemplo), retornando eventuais favorecidos finais das transações financeiras. Assim, a ferramenta pode indicar eventuais sócios de fato das empresas, com a responsabilização e direcionamento da execução para tais pessoas.

5. DO PAPEL DAS PARTES PARA DEFLAGRAR A FRAUDE À EXECUÇÃO

Dada as dificuldades encontradas pelo judiciário para análise corriqueira dos processos em trâmite, fazendo que a efetiva obtenção da justiça torne-se um processo moroso, necessário seria que cada uma das partes envolvidas envidasse esforços para deslinde da situação.

Nesse sentido, a parte executada, embora o objeto desse estudo seja a má-fé processual, deveria agir com boa-fé no desenvolver da execução, indicando bens à penhora, nos termos do artigo 880 da CLT, beneficiando-se do princípio da execução menos gravosa ao devedor, art. 805 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo trabalhista.

Não obstante a previsão do art. 878 da CLT e seus desdobramentos abaixo abordados, a fraude processual é matéria que vai de encontro à dignidade da justiça e deve ser declarada de ofício pelo magistrado.

Dessa forma, havendo qualquer indício de praticadas fraudulentas, deve o Juízo Trabalhista, considerando ainda a situação de fragilidade da parte exequente em relação ao executado (princípio da proteção ao trabalhador), investigar se há fraude e, se confirmada, declará-la, determinando também a prática de atos executórios àquele que age com má-fé processual.

Prosseguindo, deverá ainda o magistrado em casos de fraude, classificar o ato como atentatório à dignidade da justiça e aplicar multa prevista no §2º do art. 77 do CPC, *in verbis*:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

VII - informar e manter atualizados seus dados cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário e, no caso do § 6º do art. 246 deste Código, da Administração Tributária, para recebimento de citações e intimações. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021)

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

Salvo quando as partes não estiverem representados por advogado, por sua vez, a parte exequente deve, na hipótese de suspeita de fraude, por força do artigo 878, abaixo transcrito, peticionar ao Juízo para realização das pesquisas patrimoniais:

Art. 878. A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Tal fato não há de ser encarado pela parte exequente como um dever, eis que, impulsionando o processo e indicando meios efetivos à execução, contribuirá não só à solução do seu processo, mas também para celeridade da tramitação processual dos demais processos da justiça do trabalho.

No entanto, o peticionamento deve ser fundamentado, e acompanhados com elementos probatórios ou indícios suficientes, para o deferimento da medida e para direcionamento quanto ao tipo de fraude, às pessoas e/ou bens envolvidos, a fim de que o Juízo possa utilizar as ferramentas adequadas para verificação da fraude.

Há de se ressaltar que o pedido pode, e deve, ser indeferido pelo Juízo se meramente requerer a utilização indistinta de todas as ferramentas de pesquisas patrimoniais, sem apontamento de quaisquer indícios de práticas fraudulentas, ocultação ou lastro patrimonial capaz de satisfazer a execução, ainda que parcialmente.

Isso porque - considerando a alta complexidade para realização dessas pesquisas; a análise das informações coletadas; o notório engolfamento processual justiça do trabalho – o deferimento da realização de pesquisas em quaisquer processos, sem critérios qualitativos, poderia tornar ainda mais morosa a prestação jurisdicional como um todo, ferindo os princípios da economia e celeridade processuais cravados no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

6. CONCLUSÃO

Neste estudo vimos, de forma sucinta e objetiva, alguns mecanismos utilizados pelos devedores com o objetivo de evitar que seus bens sejam alcançados pelo processo de execução trabalhista.

Nesse sentido, vimos ainda algumas ferramentas de pesquisas patrimoniais, e suas finalidades, utilizadas pela Justiça do trabalho, as quais trazem grande valia para deflagrar práticas de fraude à execução.

Por fim, vimos o papel dos atores da execução trabalhista, quais seus deveres e importância para efetividade da execução.

Foi frisado que, na seara trabalhista, tais 'táticas', se é que podem ser assim intituladas, conferem prejuízos consideráveis à parte exequente, a qual fica afastada da

satisfação do seu crédito, o qual sabidamente detém natureza alimentar, motivo que torna ainda mais cruel a fraude à execução no âmbito da Justiça do Trabalho.

Tais práticas fraudulentas contribuem para trazer morosidade à Justiça Trabalhista. Por isso, visando a efetividade de suas decisões judiciais, a Justiça do Trabalho vem criando mecanismos de pesquisa de bens e de fraudes, tais quais, as ferramentas elencadas além dos núcleos de pesquisa patrimoniais, por exemplo.

Não obstante, é possível afirmar que os mecanismos criados pelo Judiciário e sua atuação na busca de coibir tais práticas ilegais, como em qualquer ramo do direito, estão sempre atrás dos avanços daqueles que agem de má-fé.

Nesse sentido, constata-se a importância dos operadores do direito e da parte exequente, maior interessada no recebimento efetivo do seu crédito, no auxílio e na indicação de meios efetivos que colaborem para deflagração da fraude à execução.

Por todo exposto, conclui-se que, apesar das inúmeras possibilidades de fraudes à execução trabalhista, com a atuação proativa das partes envolvidas e esforços do judiciário - seja pela criação de ferramentas de pesquisas, pelo incentivo ao engajamento dos servidores e magistrados, pela realocação de recursos humanos e tecnológicos para o desengolfamento dos processos de modo a propiciar uma análise qualitativa dos processos em fase de execução - é plenamente possível deflagrar tais obstáculos ardis, a fim de que o crédito laboral, por regra de cunho alimentar, seja efetivamente posto a disposição dos reclamantes, levando à efetiva prestação jurisdicional pelo Estado, qual seja, a justiça aos brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, A. P. D. **CLT Comentada - Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

BLINDAGEM Patrimonial: 9 formas para proteger seus ativos. 2022. Disponível em: <https://www.portofinomultifamilyoffice.com.br/blindagem-patrimonial/>. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. PLANALTO DO GOVERNO. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943; aprova a consolidação das leis do trabalho. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 18 maio 2023.

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Cartilha de pesquisa patrimonial. 2022. Disponível em: <https://sites.google.com/trt15.jus.br/pesquisapatrimonial/?pli=1>. Acesso em: 10 abr. 2023.

CORRÊA, Aracélia Silveira. O que é e como se caracteriza a sucessão empresarial.

Disponível em: <https://massicano.adv.br/direito-societario/o-que-e-e-como-se-caracteriza-a-sucessao-empresarial/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 01 de mar.de 2023.

Carmona, Mateus Frota. **Fraude e Planejamento Sucessório: Desconsideração da personalidade jurídica de sociedades patrimoniais familiares**. [S.I.] : UNB, 2019. Disponível em: <<https://bdm.unb.br/handle/10483/24856>> Acesso em: 02 de mar. de 2023.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL: com comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Ltr, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LEITE, C. H. B. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. 5.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

REZENDE, Elcio Nakur; OLIVEIRA, Marcelle Mariá Silva de. **A fraude como elemento subjetivo essencial à aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica das "holdings" familiares**. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 110-126, jul.2019.DOI:10.5433/2178-8189.2019v23n2p110.ISSN: 2178-8189.

ROSS, Ariê Soares. **Da alienação de bens na fraude à execução**. [S.I]: PUC, 2020. Disponível em: < <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/26612>> Acesso em 02 de mar.de 2023.

PRÊMIO OU PENA: A (I)LEGITIMIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MECANISMO DE PROVA

IGOR MITSUO SOUSA MORIYAMA:

Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras, Especialista em Direito de Empresa pela PUC Minas, Especialista em Direito de Civil pela PUC Minas e Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.⁹⁹

RESUMO: O presente trabalho visa compreender o instituto da colaboração premiada, fazendo críticas a este mediante uma análise de pontos negativos e positivos, adequações ao ordenamento vigente e mensurações de seus limites éticos/morais. Para tanto, perfaz, primeiramente, pelo estudo breve da Lei 12.850/2013, buscando entender o delito de organizações criminosas, o sistema probatório existente e os mecanismos investigativos usados. Delimitando que a colaboração premiada é um dos tais meios de colheita de provas emergentes, passa-se ao seu retido exame, demarcando suas características e aferindo suas limitações.

PALAVRAS-CHAVE: Organizações criminosas; Lei 12.850/2013; Sistema probatório; Colaboração premiada; Direitos Fundamentais do Colaborador; Ética.

ABSTRACT: This paper aims to understand the institute of State's Evidence, making criticisms of it through an analysis of negative and positive points, adjustments to the existing legal system and measurements of its ethical/moral limits. For this purpose, it makes, first, by the brief study of Law 12.850/2013, seeking to understand the crime of criminal organizations, the existing evidential system and the investigative mechanisms used. Delimiting that the State's Evidence is one such means of emerging evidence collection, it moves to its close examination, demarcating its characteristics and assessing its limitations.

KEYWORDS: Criminal organizations; Law 12.850/2013; Evidential system; Premeditated collaboration; Fundamental rights of the Contributor; Ethics.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O sistema probatório penal é amplo e devidamente estruturado, nos moldes do Direito Processual Penal, contudo, destaca-se que isso se perfaz na esfera dos crimes

⁹⁹ E-mail: igormoriyama@gmail.com

clássicos, como aqueles lesivos ao patrimônio individual ou à integridade física das pessoas. No que tange ao universo dos delitos econômicos o cenário é deveras deficiente.

A vasta complexidade dos crimes penais econômicos (AMARAL, 2015, p. 23), lesivos, em apertada síntese, a ordem econômica *latu sensu* (PRADO, 2014, p. 53-54), dificulta a persecução probatória. Não raro, nessa prática delitiva elaboram-se esquemas e processos ilícitos intrincados, envolvendo transações monetárias múltiplas (transacionais ou não), vários agentes, diversas organizações, comunicações sigilosas e afins. Em tal avaliação fica óbvia a razão pela qual o meio investigativo criminal econômico não é tão amplo, com baixo contingente de formas de colheita de provas.

A legislação pátria, apesar disso, tenta apresentar um rol mínimo de processos de investigação, não deixando o cenário em completo abandono. O ordenamento trouxe as mais recentes maneiras de colheita probatória em delinquências desse caráter por meio da Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas). Ela visa combater as organizações criminosas - que em maioria das vezes praticam delitos econômicos, mas não necessariamente o fazem sempre (PRADO, 2014, p. 450-453) - e dispor sobre formas especiais de investigação criminal, extensíveis, sob certas exigências (constantes no art. 1º, § 2º, do referido diploma legal), ao sistema de combate e responsabilização de crimes à ordem econômica como um todo. Todavia, ainda se tem grande déficit em tal ambiente de provas, com uma insuficiência gritante.

Destarte, a presente obra, devido sua brevidade, não visa trabalhar com enfoque nessas deficiências mais amplas, concernentes a todo o sistema Penal Econômico (tal prática empreenderiam um estudo bem mais aprofundado). Na realidade, busca-se aqui somente analisar as formas de persecução de provas já existentes na legislação. Em grau mais objetivo, almeja trabalhar, concisamente, as espécies de investigações mais hodiernas, focadas nas organizações criminosas e dispostas na Lei nº 12.850/2013, partindo, em seguida, ao estudo da laia mais conhecida destas (tanto no âmbito jurídico quando no meio popular), a colaboração/delação premiada.

Tal objetivo foi posto devido à percepção de uma curiosa conjuntura. Esse meio de colheita probatória, por delação, é muito tratado e aplicado na dinâmica jurídica atual (é até mesmo aclamado na mídia), sendo visto como uma das poucas maneiras de eficientemente entender ou descobrir complexos delitos econômicos, ou seja, de obter provas de caráter tão diabólico (RIBEIRO JÚNIOR, 2010). Contudo, não se têm diversas avaliações críticas desse mecanismo, especialmente aquelas mais acessíveis ao povo; em dada medida, escassos são os levantamentos e estudos sobre os limites da colaboração premiada e sua adequação ética ao sistema constitucional posto.

Daí surge o ímpeto de trabalhar essa asserção, colaborando com o crescimento das apreciações desse instituto, que estão gradativamente aparecendo em maior monta. Tal empreitada será feita por meio de uma metodologia baseada na análise do geral para se chegar ao específico. Portanto, tem-se uma abordagem do tema que irá passar por: i) um sucinto exame do delito de organização criminosa; ii) avançar para o estudo geral do sistema investigativo peculiar usado nesse círculo (que, como já dito, também pode, extensivamente e adequadamente, ser aplicado a outros crimes à ordem econômica); e, por fim, iii) submergir na averiguação e crítica da colaboração premiada.

2 A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E AS TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO DA LEI 12.850/2013

Sinteticamente o crime de organização criminosa, conforme o art. 1º, § 1, da Lei 12.850/2013, é: a associação de quatro ou mais indivíduos, de maneira ordenada, com hierarquia e divisão de tarefas (explicitamente ou não), com objetivo de obter (direta ou indiretamente) vantagem(ns) de qualquer natureza, devido à realização de infrações penais típicas, com penas máximas que sejam superiores a quatro anos, e/ou que tenham caráter transnacional (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 1248). Muitas vezes, como dito antes, essas entidades delitivas praticam infrações penais de caráter econômico, como a lavagem de dinheiro (AMARAL, 2015, p. 93-94), mas não se pode dizer que o crime de organizações criminosas é só vinculado ao Direito Penal Econômico.

Tem-se que tal delito agrega como características (intrínsecas e acidentais): i) a pluralidade de agentes; ii) a associação estruturalmente ordenada; iii) a divisão de tarefas; iv) a finalidade de obter vantagens; v) a realização de infrações penais graves ou transnacionais; vi) a hierarquia; vii) o aspecto empresarial; viii) a disciplina; ix) a compartimentalização, com níveis distintos de atividades a cada membro; x) a conexão com o Estado, seja por corrupção ou por clientelismo; e xi) a flexibilidade de seus agentes (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 1248-1259). Ademais, tem a tendência de envolver a violência, o controle territorial, o uso de mecanismos tecnológicos sofisticados e a implementação de técnicas de cartel ou monopólio em certas áreas de mercado (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 1256-1259).

Em razão da estrutura bem elaborada e sigilosa de tais entidades, montadas em sistema similar a um negócio, o aparelho investigativo tradicional, pautado em exame de corpo e delito, prova testemunhal tradicional, interrogatório e demais suportes probatórios regulares do Código de Processo Penal (CPP) (BADARÓ, 2015, p. 434-520), é ineficiente. O agente delitivo é distinto do tradicional, então deduz-se ser necessário uma ótica investigativa díspar, mas que, por óbvio, respeite a ordem constitucional, o que não é adequadamente recorrente, especialmente em termos qualitativos. Entretanto, é deixado para mais adiante as devidas conjecturações críticas sobre esse assunto.

Neste diapasão que o legislativo brasileiro, fazendo uso de uma apreciação do direito comparado (SANCTIS, 2015, p. 181-191), instalou, também na Lei 12.850/2013, formas especiais de obtenção de provas, quais sejam: a Colaboração Premiada (art. 3º, I); a Ação Controlada (art. 3º, III); e a Infiltração de Agentes (art. 3º, VII). Destarte, o mencionado diploma legal também versou sobre alguns outros mecanismos de apuração/alcance de fatos, já presentes na discussão doutrinária e em outros textos legais, como o afastamento de sigilos financeiros, o acesso a registros e dados cadastrais, a gravação ambiental, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas e o compartilhamento de informações (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 1270-1302). Como dito alhures, esses engenhos probatórios podem ser extensíveis a outras formas de delito, em especial aqueles de caráter puramente econômico.

Ressalta-se que será dado enfoque, por razão metodológica, somente às três primeiras espécies acima mencionadas, que são as inovações probatórias mais destacáveis no ordenamento, e mais ao centro dos holofotes da discussão jurídica. Adverte-se também que a colaboração premiada será analisada por último, de forma mais detalhada.

2.1 AÇÃO CONTROLADA

Pode ser entendida como o procedimento de monitoramento de uma organização criminosa mediante o retardamento da ação policial, relativizando o dever de ação premente quando se está diante de um flagrante delito (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 1297). Assim, é aparato probatório em que a autoridade policial, ao invés de atuar de maneira pronta à constatação de um delito de dada organização criminosa, deixa-o acontecer (dentro de certos limites, não claramente fixados em Lei), com o intuito de melhor vigiar e acompanhar a entidade, almejando tomar medidas interventivas em momento mais eficaz à formação e obtenção de provas.

Tal ato somente ocorre mediante autorização judicial (que também estabelecerá regras básicas da ação), exigindo-se simultaneamente a ciência do Ministério Público, acatando então as disposições do art. 301 do CPP. Ademais, sua distribuição processual é altamente sigilosa, somente por via física, repassada pessoalmente. Há restrição clara ao acesso de informações concernentes a essa medida, evitando vazamento de dados que possivelmente comprometam a operação (CABETTE, 2011).

Claros são os entraves e o foco das críticas a esse meio de investigação. Eles se pautam justamente no limite da relativização do dever policial de agir diante de um flagrante. Até onde podem se omitir para permitir a persecução de mais provas? Quais os danos causados nesse interim? A legislação vigente não constitui esses parâmetros; percebe-se então que o tratamento legal é incipiente. Por isso, tendo em mente que essa operação é, ainda assim, instrumento útil na investigação da macrocriminalidade, muitos

doutrinadores não o abandonam, e dizem ser necessário seu complemento mediante a aplicação cuidadosa (por parte de seus agentes) da razoabilidade e do bom senso, para além de somente os regimentos processuais (CABETTE, 2011). Tal solução, todavia, é ampla, e não fornece muita segurança jurídica, por tal razão o tema é ainda calorosamente debatido.

2.2 INFILTRAÇÃO DE AGENTES

É a inserção de agentes policiais (e somente deles) em uma organização criminosa, com o intuito de se aproximar do círculo mais interno de tais “empresas”, obtendo informações específicas e privilegiadas, não arrecadáveis por outros meios. Notadamente, visa recolher provas de envolvimento dos mandantes do órgão ilegal, e só ocorre quando se tem indícios de infrações penais vinculadas a Lei 12.850/2013, ou a delitos correlatados por ela (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 1293-1294).

Tal medida somente será feita com autorização do juízo, que irá fixar os limites e regras gerais da infiltração, conforme o caso concreto, indicando, no mínimo: o local desta, os nomes das pessoas investigadas e o alcance das tarefas dos agentes. Ademais, ela pode ser requisitada pela própria autoridade policial (desde que ouvido o Ministério Público), ou pelo Ministério Público em si (desde que se tenha parecer técnico do delegado, indicando a viabilidade da operação) (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 1296).

A infiltração é sigilosa, altamente monitorada e ocorre dentro de certos prazos; de seis meses máximos, renováveis (também em até seis meses) ilimitadamente (art. 10, da Lei 12.850/2013). Destarte, o agente tem um rol especial de direitos e é abarcado por certas imunidades legais, evitando punições caso pratique atos delituosos para o bem da operação, tudo conforme os arts. 13 e 14 do mesmo texto legal.

Essa forma de colheita probatória é aceita, segundo maioria da doutrina, pelos moldes constitucionais, mesmo que a Constituição de 1988 não a preveja expressamente. Contanto que o instituto assegure os princípios da isonomia, da liberdade, da vida, da dignidade, da integralidade e similares, estará atendendo as vontades máximas do ordenamento e não se deparará com vedações e inconstitucionalidades. Ainda assim, isso não o exime de críticas. Não se aprofundará nelas aqui, pois isso daria assunto para vários artigos. Contudo, é necessário destacar que se estruturam muito acerca dos riscos em que o agente infiltrado é submetido, os limites das ações do policial (especialmente na prática de atos delitivos) e a conceituação de que as imunidades dadas seriam espécie de aval estatal para o cometimento de ilícitos (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 1294-1296).

2.3 COLABORAÇÃO PREMIADA (DELAÇÃO PREMIADA)

É mecanismo investigativo inserido dentro do direito premial, ou seja, fornece benefícios (prêmios) mediante o atendimento de certas exigências (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 1270). Apesar de versado mais eficientemente na Lei 12.850/2013, sendo estabelecido como uma inovação - advinda de influência norte-americana -, alguns rastrearam sua origem, dizendo ser essa mais remota, aparecendo até mesmo nas Ordenações Filipinas (SANCTIS, 2015, p. 182-183); mas cada coisa há seu tempo, o texto discorrerá um pouco melhor sobre essa origem mais adiante.

A delação pode ser conceituada como uma ação de denúncia ou revelação, feita por um agente infrator (geralmente membro ou envolvido em organização criminosa), sob a prerrogativa de receber benefícios, concedidos pelo poder público (SILVA, 2012, p. 2-3). Assim, em suma, é método probatório no qual as autoridades jurídicas apresentam propostas benéficas ao acusado, que serão concedidas caso revele e comprove informações úteis às investigações em curso; tudo ocorrendo por meio de uma clara negociação de interesses.

Esse mecanismo é muito aclamado nos dias atuais, devido sua capacidade de contornar, em dada proporção, os entraves da alta discricção envolvida em delitos econômicos ou de organizações criminosas (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 1271). Atos delinquentes desse tipo muitas vezes envolvem acordos e disposições feitas sob segredo, oralmente, a quatro paredes; tem-se então uma nítida prova diabólica. Mas a colaboração premiada abre uma oportunidade nessa conjuntura; permite com que se obtenham dados estratégicos diretamente dos integrantes de tais sigilosos acordos.

Assim sendo, já tendo esse conciso conhecimento geral, ressalta-se que as peculiaridades específicas do instituto da colaboração premiada, por critério de organização, serão detidamente analisadas no tópico a seguir.

3 A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MECANISMO DE PROVA

O histórico da colheita probatória realizada pela intervenção penal estatal é, majoritariamente, um histórico de sanções negativas. Queimar os hereges, torturar os judeus, executar os negros, multar os infratores, prender os criminosos. Em regra, nessa esfera jurídica, a todo ato negativo, sendo ele típico, ilícito e culpável, aplica-se uma pena, no escopo de tornar inviolável a construção jurídica e normativa realizada pelo Direito, soberanamente ratificada pelo povo.

A dinâmica das transformações sociais, entretanto, afetou todas as esferas civis existentes, inclusive o âmbito criminal, motivo pelo qual as modalidades punitivas foram compelidas a desenvolverem novos mecanismos de obtenção probatória e pioneiras formas de sanções. A exclusiva solenidade estatal de coação fragilizou-se. Para além das

penas, surgem os “prêmios”, e com eles a noção de sanções positivas, ou seja, recompensas de caráter promocional que passam a integrar a seara do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

A Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) reflete essa dinâmica probatória, como anteriormente evidenciado, em especial na institucionalização da justiça negociada através do instituto da colaboração premiada, objeto da presente pesquisa.

Há décadas a atenuação da punibilidade motivada pela colaboração do agente culpável existe. Judas, Joaquim Silvério dos Reis e o ex-deputado Roberto Jefferson rememoram os fatos. O reconhecimento estatal da possibilidade de aplicação da colaboração premiada no ordenamento brasileiro não surgiu no século atual, vide a Lei 7.492/86, todavia, sua real utilização constitui aparato relativamente recente no Brasil, notadamente em determinadas modalidades de delitos (exemplo: crimes com a ordem econômica e financeira).

Citando Puleiro e Fonzo, José Paulo Baltazar Júnior reflete sobre o sujeito delator identificado nos delitos de organizações criminosas. Para o autor:

A figura do arrependido não é, portanto, uma fruta maldita da legislação de emergência, caída no abismo de uma lógica inquisitória que pressiona para utilizar métodos probatórios adulterados com o fim de combater o crime organizado. Na experiência do processo anglo-americano se acha o testemunho da compatibilidade fisiológica entre os chamados colaboradores da justiça e um rito garantista (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p. 1271).

Derivado do latim *collaboro*, o termo colaborar representa ato ou efeito de cooperar, coadjuvar, ajudar, participar, atuar com outrem para obter determinado resultado (COLABORAR, 2017). Daí infere-se o conceito destinado ao instituto da colaboração premiada na esfera da Lei de Organizações Criminosas (já brevemente descrito alhures), qual seja: a colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal (art. 4º da Lei 12.850/2013).

Não raro o aludido instituto é intitulado como uma espécie de “delação”, haja vista que nele o agente criminoso (acusado/interessado) argui e revela denúncias e acusações em desfavor de seus antigos colegas infratores acerca de determinada ocorrência criminosa, no intuito de obter a redução, a conversão ou a extinção da punibilidade correspondente a crime cometido em conjunto com os demais agentes investigados, ou seja, o ordenamento institucionaliza verticalmente um mecanismo de clara troca de favores, vantagens e gratificações (informações X prêmio).

A incessante busca pela segurança e pela manutenção social fomenta, ainda que indiretamente, o estímulo à verdade processual, à delação, à entrega e à traição do outro, em uma espécie de troca de favores no qual o Estado atua como árbitro, enquanto agente responsável pela salvaguarda da ordem econômica, conforme estabelece o art. 174 da Constituição Federal de 1988.

Não obstante a discussão doutrinária quanto à natureza jurídica da colaboração premiada, entende-se que o fundamento do instituto não encontra identidade nas modalidades de confissão ou prova testemunhal, haja vista que decorre do bom senso. Aqui, “é permitido às partes entrarem em consenso a respeito do destino da situação jurídica do acusado que, por qualquer razão concorda com a imputação” (RAMOS; SOUZA, 2017, p. 190).

Nesse diapasão, o artigo 4º da Lei de Organizações Criminosas estabelece requisitos para a destinação da vantagem punitiva ao acusado, quais sejam: i) a colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal (não é permitida a coação física ou moral da colaboração, mas sim a voluntariedade, sendo que o auxílio prestado deve ser real e efetivo, trazendo dados novos e úteis); ii) a personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade, repercussão do fato criminoso e eficácia da colaboração (análise do elemento subjetivo – a pessoa do colaborador – e do elemento objetivo – fato praticado, quando na quantificação valorativa da pena a ser aplicada); iii) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas (exibição dos autores e partícipes, assim como dos delitos por eles cometidos); iv) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; v) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (demonstração de futuras infrações do crime organizado); vi) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito do(s) delito(s); e vii) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (NUCCI, 2015, p. 55-58).

Registre-se que a normativa em debate reflete o exercício de uma justiça negocial, em que há a formalização de um ajuste de vontades (art. 6º da Lei 12.850/2013), precedida do estabelecimento de um consenso entre a autoridade estatal e o agente criminoso. Tal negociação ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado/acusado e seu advogado, sem a intervenção do magistrado, vez que, por óbvio, não atua nas negociações, mas apenas na homologação da mesma, quando preenchidos os requisitos legais indispensáveis (art. 4º, § § 6º e 7º, da Lei 12.850/2013).

Como resposta aos clamores da política criminal, a colaboração premiada se efetiva como voluntária, legal, regular e útil ao procedimento instaurado, podendo

acarretar, nos crimes de organização criminosa, a concessão do perdão judicial; a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade; ou a substituição de determinada pena privativa de liberdade para uma pena restritiva de direitos (art. 4º, da Lei 12.850/2013), sendo possível seu cometimento tanto em fase investigatória quanto no curso de ação penal (juízo).

Ademais, em ato de defesa da segurança e da integridade do delator, bem como do êxito da investigação, o período de negociação e as consequências dele decorrentes se submetem ao sigilo (art. 7º, da Lei 12.850/2013) até o momento do recebimento da denúncia, em que passam a vigorar as garantias e direitos destinados ao sujeito colaborador, especificados no art. 5º da Lei 12.850/2013.

O liame entre as vantagens e os riscos é muito tênue. Apesar da normatividade previamente determinada pela Lei de Organizações Criminosas, há insegurança para os dois sujeitos da relação. O Estado fatalmente pode ser induzido ao erro, desviando até mesmo sua persecução penal em razão de falsas motivações, e o delator sujeita-se aos riscos da decisão, ciente de que os demais membros componentes da organização podem persistir na seara do desvio punível, mas tal desvio, a partir de então, será eventualmente destinado ao delator.

Nesse mesmo vetor direcional, alerta Guilherme de Souza Nucci: “em verdade, ser delator é um fardo; traz benefícios penais, mas também muitas preocupações. O prêmio recebido deve ser muito bem ponderado para valer os sacrifícios que se seguirão após a colaboração prestada” (NUCCI, 2015, p. 76).

Assim sendo, acolhida a premissa de que os princípios e os valores constitucionais compõem o centro de validade de todo o ordenamento jurídico brasileiro, necessária a detida reflexão acerca da (i) legitimidade da colaboração premiada, enquanto mecanismo de prova no sistema penal constitucional, mediante suas causas e consequências. Isso é o que será feito logo a seguir.

4 A COLABORAÇÃO PREMIADA E O DILEMA DO DESVIO ÉTICO

Sob a justificativa de promover a segurança jurídica, frear as organizações criminosas e combater o outro, inimigo da sociedade, surge o instituto da colaboração premiada, a despeito, entretanto, das diversas contradições do mesmo com as premissas básicas e fundamentais de um modelo republicano democrático.

Dentre os penalistas críticos das corriqueiras arbitrariedades efetuadas pelo Estado no exercício da intervenção penal, é comum o entendimento de que a colaboração premiada materializa um desvio ético, uma transgressão moral institucionalizada, um incentivo à traição, que possui como principal moeda de troca a dosimetria da pena. Aqui,

autoridades judiciais incentivam a prática de um comportamento negativo (a entrega do parceiro criminoso, a denúncia de segredos internos, a traição do cúmplice), a fim de aniquilar o bando e suas consequências delituosas no seio social. É tempo de exterminar o outro, a qualquer custo, ainda que a empreitada exija a disposição de valores probos.

Lançando olhos às teorias filosóficas contratualistas, evidencia-se o famigerado contrato social, haja vista que o estado de natureza já não oferecia os resultados esperados. O homem, então, dispõe de parte de sua liberdade, entregando-a a um representante estatal, em troca da segurança e de uma organização política e social concentrada. O Estado assume para si a tutela do povo e com ela a tutela penal. O Estado, portanto, é o responsável por processar, julgar e punir. O ônus é do Estado.

A colaboração premiada, todavia, representa a falência desse modelo. O Estado assume sua ineficiência e passa a conceder prêmios àqueles que concretizem sua precípua função: realizar a investigação criminal e obter informações que, ainda que indiretamente, contribuam para a manutenção social. O problema é que o sistema infla, e o Estado, sem respostas, ignora valores éticos em troca de anúncios e esclarecimentos. Há uma barganha de favores cuja legitimidade é no mínimo questionável.

Afinal, seria este um mecanismo de incentivo às bases de confiança, crédito, esperança e solidariedade entre os indivíduos? Seria um instituto capaz de ignorar a coesão e a harmonia social? Há uma valoração negativa de determinados imperativos categóricos? Estar-se-ia diante de um atentado contra os valores e objetivos constitucionais? Veja-se, então, algumas importantes reflexões. Citando Peyrefitte, Raphael Boldt esclarece que:

A sociedade de desconfiança é uma sociedade temerosa, ganha e perde: uma sociedade na qual a vida em comum é um jogo cujo resultado é nulo, ou até negativo (“se tu ganhas eu perco”); sociedade propícia à luta de classes, ao mal-viver nacional e internacional, à inveja social, ao fechamento, à agressividade da vigilância mútua. A sociedade de confiança é uma sociedade em expansão, ganha (“se tu ganhas, eu ganho”); a sociedade de solidariedade, de projeto comum, de abertura, de intercâmbio, de comunicação. Naturalmente, nenhuma sociedade é 100% de confiança ou de desconfiança. Do mesmo modo que uma mulher nunca é 100% feminina, nem um homem 100% masculino: este comporta sempre uma parte de feminilidade, aquela sempre um pouco de virilidade. O que dá o tom, é o elemento dominante (BOLDT, 2006, p. 3-4).

Para Zaffaroni e Pierangeli:

Se o imperativo categórico (dever moral) nos obriga a respeitar o outro como fim em si mesmo, a partir deste dever descobrimos o direito subjetivo a ser considerado, como fim em nós mesmos. Quando o dever moral de outro deixa de ser garantido pelo Estado, desaparecerá o direito subjetivo de exigir o respeito de fim em si mesmo que nos assiste (PIERANGELI; ZAFFARONI, 1999, p. 266).

Nesse diapasão, em conformidade com os argumentos supracitados, Moreira ressalta que:

Se considerarmos que a norma jurídica de um Estado de Direito é o último refúgio do seu povo, no sentido de que as proposições enunciativas nela contidas representam um parâmetro de organização ou conduta das pessoas, definindo os limites de sua atuação, é inaceitável que este mesmo regramento jurídico preveja a delação premiada em flagrante incitante à transgressão de preceitos morais intransigíveis que devem estar, em última análise, embutidos nas regras legais exurgidas do processo legislativo (RAMOS; SOUZA, 2017, p. 194).

Assim sendo, ante o exposto, verifica-se que a positivação da colaboração premiada enquanto mecanismo de prova viola, de modo incontroverso, os habituais padrões éticos e representa uma verdadeira contradição interna no ordenamento jurídico brasileiro.

O mesmo legislador que determinou a qualificação dos homicídios cometidos à traição (art. 121, parágrafo 2º, IV, do Código Penal), e que igualmente entende a aludida valoração como circunstância agravante (art. 61, II, c, do Código Penal), reduz a termo geral e abstrato a seção I (Colaboração Premiada) da Lei 12.850/2013 (BOLDT, 2006, p. 6). Paradoxalmente o legislador fixa penas ou prêmios para a mesma subjetividade (traição) e o judiciário acompanha a incongruência, em um exercício de latente contradição.

A reflexão que se propõe nesta pesquisa, porém, não reside na interpretação do instituto da colaboração premiada enquanto um desvio ético, vez que este é um fato incontroverso. A problemática principal sustenta-se no seguinte questionamento: cabe ao Direito preocupar-se com a ética e moral? A seara criminal deve se preocupar com critérios subjetivos e ontológicos dentro de uma ciência que inevitável e notadamente remete sua técnica a condutas e fatos objetivos e não a valores? Aqui se acredita que não, mas essa é uma premissa deveras questionável.

5 REFLEXÕES GERAIS ACERCA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Conforme inicialmente apresentado na presente pesquisa, em razão de peculiaridades específicas, o combate ao crime organizado impõe a adoção de técnicas especiais de investigação e diferentes mecanismos de provas, o que, sem esforços, é percebido nas determinações previstas na Lei 12.850/2013, ao fixar padrões de uma possível justiça negociada.

Além do desacordo evidenciado por alguns autores no reconhecimento de que a colaboração premiada incentiva um desvio ético, outros contrassensos também existem.

Inicialmente verifica-se que por meio da prática da delação fere-se o princípio da proporcionalidade, na medida em que o agente delator que cometeu, em regra, o mesmo delito que seus cúmplices, receberá uma punibilidade menor porque contribuiu para a investigação e o sucesso da intervenção penal (NUCCI, 2015, p. 53). Assim, idênticos graus de culpa acarretam diferentes aplicações de pena. A falta de autonomia do Estado possibilita um prêmio ao agente criminoso delator, sem que haja qualquer preocupação com uma isonômica punibilidade.

Ademais, a pretexto de que os fins justificam os meios, a intervenção penal estatal, olvidando-se de toda uma construção epistemológica, consente com a institucionalização ilegítima de uma espécie de barganha junto aos agentes criminosos. Sem autonomia no exercício de suas funções, a legislação corrobora um instituto de troca de favores.

A aludida permuta de benefícios, entretanto, pode prejudicar a investigação criminosa, haja vista que os acusados podem ser estimulados na realização de falsas delações ou a incrementar vinganças pessoais, desviando a condução probatória para um caminho incerto e procrastinando a punição dos demais agentes envolvidos na organização criminosa (NUCCI, 2015, p. 53).

Registre-se, ainda, que apesar da determinação prevista no art. 5º da Lei 12.850/2013 quanto aos direitos do delator (usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; e cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados) o aparato estatal de proteção é muito precário, de modo que o legislador tenta reafirmar um instituto com grande potencial de violar direitos fundamentais do colaborador, colocando em risco sua vida, ou seja, desprotegendo o principal bem jurídico da salvaguarda penal.

Noutro giro, esclarecido brevemente as possíveis problemáticas do mecanismo probatório em questão, faz-se necessário pontuar alguns de seus pontos positivos, quais sejam: i) a grande dificuldade de dilação probatória nos crimes que envolvem organizações criminosas, em razão da complexidade estrutural nelas fortalecidas; ii) o fato de que outras transações já são amplamente permitidas pelo Estado, como ocorre, por exemplo, na Lei 9.099/95; iii) o benefício legal para que o delinquente denuncie o esquema no qual está inserido, bem como os demais autores e partícipes, pode ser capaz de fomentar um arrependimento sincero, com tendência à regeneração interior, fundamento da própria aplicação das sanções penais. (NUCCI, 2015, p. 54).

Assim sendo, verifica-se que instituto da colaboração premiada desafia os paradigmas fixados no ordenamento jurídico brasileiro, concorrendo para sua ilegitimidade. Contudo, o monopólio estatal em investigações desta escala, por si só, não tem sido suficiente para promoção da segurança e da manutenção social. Pelos fundamentos expostos, as delações não podem tomar uma proporção desmedida, devendo ocorrer um sopesamento de princípios quanto a sua utilização.

6 CONCLUSÃO

Tendo perpassado por um estudo gradativo, conhecendo em primeira mão o crime de organizações criminosas e o lastro probatório a ele aplicado (com uma breve imersão em seus institutos investigativos), foi possível compreender melhor o mecanismo da colaboração premiada. Constatou-se então seu caráter negocial assim como sua natureza, principais características, requisitos, fatores e procedimentos.

Diante disso foi plausível enveredar na crítica ao mesmo, sem deixar de apreciar o sistema penal como um todo, averiguando seu limite ético, entendendo ser ele meio estimulante de uma prática negativa (o ato de delatar/entregar outrem), o que, portanto, o faz entrar em contradição com o ordenamento em seu sentido *macro*. Sem prejuízo à crítica, também se construiu apontamentos favoráveis a tal delação, entendendo ser ela um dos poucos meios de persecução probatória em ambiente com delitos tão complexos e cautelosos.

Destarte, ao compreender a origem teórica deste engenho probatório, pode-se perceber seus entraves e inconsistências, notando sua extensão de barganha, seu objetivo de obter provas sob holofotes morais contestáveis e sua intenção de eximir, em dada medida, o ônus probatório do Estado. Ficando, nessa monta, evidente a dinâmica da convencionalidade pouco racional e consistente da política criminal no Brasil.

Assim, delimitados restaram os pontos negativos e positivos da colaboração premiada, evidenciando seu caráter premial, avultando suas incongruências como meio de permuta processual, algo amplamente questionável que afeta, em certa medida, sua

integridade e constitucionalidade. Não se buscou aqui, no entanto, incentivar o pronto desuso do instituto. Pode-se perceber sua utilidade prática, principalmente em um sistema penal repleto de falhas, punitivismo e abusividades de poder. É cristalino que ele é alternativa na obtenção de provas diabólicas no Direito Penal Econômico e em crimes de organização criminosa, não podendo ser simplesmente e subitamente abandonado na conjuntura atual.

O presente artigo, em realidade, almeja ressaltar que, apesar de muito aclamado pelo povo e pela mídia, a delação premiada não se exime de falhas, notadamente aquelas de aspecto teórico e ético. Portanto, tenta-se indicar que tal sistema investigativo não deve ser apostado desmedidamente, necessitando ponderação em seu uso, questionando-se sua utilidade e extensão. Ademais, essa colaboração, apesar de ter sua praticidade probatória no meio real, além falhas teóricas que a levam a contradições e excessos, portanto, seu uso deve ser repensado e reestruturado em termos qualitativos, quantitativos e constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Thiago Bottino do. **Direito Penal Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015. Disponível em: <https://encurtador.com.br/cisw7>. Acesso em: 22 mar. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 10. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, [1988]. Disponível em: <https://encurtador.com.br/IHJMW>. Acesso em: 18 mar. 2017.

BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

Disponível em: <https://encurtador.com.br/duEJ1>. Acesso em: 18 mar. 2017

BRASIL. **Lei 7.492, de 16 de junho de 1986**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://encurtador.com.br/djTY2>. Acesso em: 18 mar. 2017

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União, 1995. Disponível em: <https://encurtador.com.br/dwKRY>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BOLDT, Raphael. Delação premiada: o dilema ético. **DireitoNet**, [s.l.], 12 maio. 2006. Disponível em: <https://encurtador.com.br/elI56>. Acesso em: 15 mar. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Ação controlada na investigação criminal: entre a normatividade e a factibilidade. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 01 nov. 2011. Disponível em: <https://shre.ink/H4Os>. Acesso em: 23 mar. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 4 ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial - Direito Penal Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 8.

RAMOS, François Silva; SOUZA, Ilma Borba de Souza. Implicações éticas da delação premiada na nova Lei de defesa da ordem econômica. **Revista Pesquisas Jurídicas**, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 184-199, jan-jun, 2013. Disponível em: <https://encurtador.com.br/jrFR0>. Acesso em: 15 mar. 2017.

RIBEIRO JUNIOR, Euripedes Clementino. O direito probatório com destaque para a prova diabólica. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, [s.v], [s.n], jan. 2010. Disponível em: <https://encurtador.com.br/loquA>. Acesso em: 24 mar. 2017.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: Parte Geral.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Jordana Mendes da. **Delação premiada: uma análise acerca da necessidade de regulamentação específica no Direito Penal brasileiro.** 2012. 38 p. Monografia (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <https://encurtador.com.br/brzT0>. Acesso em: 18 mar. 2017.

AS CONTROVÉRSIAS DA LEI SOBRE A EUTANÁSIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

EMILY BARBOZA DA SILVA:
Graduada em Direito pela
Universidade Brasil

ELOISA DA SILVA COSTA
(orientadora)

Resumo: O presente estudo teve como principal objetivo a análise da eutanásia no Código Penal cumulativamente à Constituição Federal, com doutrinas e jurisprudências como principal suporte. Com isso, coube analisar e apontar o desacordo entre o regimento jurídico e o que seria moralmente e eticamente correto, em detrimento a dignidade humana de vida e morte, analisando por um olhar mais jurídico sobre o assunto, na perspectiva dos anos que passam e rondam esse tema junto também com suas nuances, em vista de uma criminalização tão severa.

Palavras-chave: Eutanásia. Dignidade da vida humana. Constituição. Código Penal.

Abstract: This study had as its main objective the analysis of euthanasia in the Criminal Code cumulatively to the Federal Constitution, with doctrine and jurisprudence as main support. With this, it was appropriate to analyze and point out the disagreement between the legal regulation and what would be morally and ethically correct, to the detriment of the human dignity of life and death, analyzing through a more legal look on the subject, from the perspective of the years that have passed and surround this theme along with its nuances, in view of such a severe criminalization.

Keywords: Euthanasia. Dignity of human life. Constitution. Criminal Code.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceituação de eutanásia. 2.2. Conceituação de ortotanásia. 2.3. Semelhanças e diferenças entre eutanásia e ortotanásia. 3. O Código Penal e a tipificação da conduta de eutanásia. 4. O direito à vida frente à eutanásia. 5. A eutanásia no direito estrangeiro. 6. Considerações finais e referências.

1. INTRODUÇÃO

A eutanásia, vem com a ação de apressar ou provocar a morte do sujeito de forma antecipada, de modo a proporcionar a alguma situação desagradável sem solução aparente, uma solução. É um tema extremamente polêmico, tendo em mente que o Brasil

em sua esfera nacional se envolve de preceitos religiosos, morais e jurídicos no que tange a escolha de falecer por pura e mera vontade.

As questões que englobam o tema vão muito além desafiando a ética, a moral e até o direito ao longo do tempo, uma vez que o mundo em épocas anteriores temia a morte e doenças. Contudo, no novo mundo globalizado, um dos medos de uma certa porcentagem de pessoas é o prolongamento da vida, causando muitas vezes agonia perante um sofrimento extremo.

Pouco se conhece a eutanásia e suas diferenciações, ademais, muitos confundem com o suicídio assistido, uma vez que a eutanásia vislumbra pessoas em estados terminais de vida, e o segundo atinge pessoas que recorrem a terceiros para o auxílio à morte, sendo médico ou não, não tendo nenhuma relação com o estado de saúde física.

"Suicídio assistido designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro, quando presentes as mesmas circunstâncias identificadas com relação à eutanásia: situação incurável e irreversível, bem como intenso sofrimento" (BARROSO, 2022, p.1168)

Vale destacar outras duas variações da eutanásia e suicídio assistido sendo uma delas a ser levada em consideração à distanásia, que visa respeitar o processo natural de vida, aplicando tão somente cuidados paliativos, com o intuito de amenizar possíveis sintomas que atingem, deixando o estado de leito o mais humanizado possível. Já ortotanásia uma das variações traz a vontade do paciente em parar com os cuidados paliativos sem cuidados médicos, por meios naturais.

Por fim, a morte assistida recai muito sobre o Código Penal, não validando a autonomia de um paciente, muitos em estado terminal, com um sofrimento incurável, de escolher terminar com a vida, sendo tratada, portanto, como um ato de homicídio. Diante desse emblema, e várias discussões, o Legislativo, a fim de evitar a ausência de um tratamento adequado, concordou com a distanásia, permitindo que aqueles que se encontrassem em estado terminal de enfermidades graves ou até incuráveis, fosse suspenso todo e qualquer procedimento, acarretando, uma omissão de socorro.

2. CONCEITUAÇÃO DE EUTANÁSIA

A eutanásia tem como finalidade a morte provocada de um agente enfermo ou não antes do previsto, ou seja, sem a morte por causas naturais ou decorrentes de uma doença. A morte, portanto, pode se dar de forma ativa, ao qual um terceiro provocará, ou passiva, ocasionada por algum ato de omissão, de forma indireta ou direta, por ato voluntário, que ocorre mediante expresse consentimento, involuntário, que se concluirá

através do não consentimento do paciente, e por ato não voluntário, que somente ocorrerá na modalidade do agente ter sua vontade reconhecida, mas não a manifesta em estados de enfermidades extremamente graves.

"A eutanásia está ligada a uma deliberada ação, que tem em mira o encerramento da vida de uma pessoa que sofre de um mal terminal, padecendo de dores substanciais. A eutanásia ocorre, às vezes, por meio de uma ação direta, que busca e ocasiona a morte. Ministrando drogas letais a um paciente, com o objetivo de causar-lhe a perda das funções vitais, configura hipótese de eutanásia." (MENDES, 2023, p.618).

Sendo este no Brasil, um tema controverso que envolve temas morais, valores culturais, jurídicos e até mesmo religiosos, vendo que em outros países a situação não é tratada da mesma forma levando em conta as formas regulamentares e religiosas.

2.2. Conceituação ortotanásia

A ortotanásia consiste em ser a morte pelo seu processo natural. Nesse contexto, o sujeito encontra-se em processo natural de morte e é amparado para que seu fim chegue sem uma intervenção médica por meios artificiais para prolongar a vida.

Assemelha-se à eutanásia passiva onde consiste em atenuar o sofrimento de uma pessoa que está com uma doença terminal por meio da interrupção de tratamentos que prolongam a vida, mas que não possuem eficácia curativa nem melhoram a enfermidade, seria apenas para prolongar ou até mesmo dar certo tipo de conforto destinado ao fim.

"Em sentido oposto tem-se a ortotanásia, que é a morte em seu tempo certo, sem emprego de métodos extraordinários ou desproporcionais. Ela vem acompanhada, normalmente, de cuidado paliativo, para aplacar o sofrimento físico e psíquico do enfermo." (BARROSO, 2022, p.1168).

Tendo em vista que somente o médico pode realizar a ortotanásia e isso porque o ele não está obrigado a prolongar a vida ou aprazar a dor do paciente contra sua vontade, deixando-o apenas mais confortável e auxiliando a sua escolha de não prolongar com tratamentos.

2.3. Semelhanças e diferenças entre eutanásia e ortotanásia

Ambas discorrem sobre uma única coisa, a morte antecipada e intencional por escolha do indivíduo que está em sofrimento, normalmente acometido por uma doença

letal, o que as diferem é que na eutanásia há auxílio médico realizado por meio de substâncias letais, sendo este modo tratado como ativo.

Já a ortotanásia é tratada como a forma passiva onde o sujeito escolhe por conta própria não levar adiante o tratamento, retirando assim medicamentos e tratamentos que fariam a manutenção da vida e o médico por mais que sua posição seja proteger a vida, não pode se opor as vontades dos pacientes.

3. O CÓDIGO PENAL E A TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA DE EUTANÁSIA

No Brasil esta prática é ilegal podendo logo ele é caracterizado como crime, o ato de matar alguém, tendo seu embasamento jurídico no código penal brasileiro, tratando-se de homicídio culposo e simples com base no artigo art. 121, §1º, do Código Penal.

CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Código Penal.

Assim como pode também ser caracterizado como auxílio ao suicídio já que ao ajudar a pessoa a morrer está tipificado no art. 122, do código penal.

Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: (Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019) Código Penal.

Tendo em vista que o dever do Estado é resguardar a vida e zelar por ela, como tido em sua própria Constituição Federal. Muitas vezes a eutanásia é tida como suicídio assistido o que apesar de ser de forma errônea segundo alguns doutrinadores também não existem parâmetros para tal.

"O Código Penal brasileiro, que é de 1940, não extrai consequências jurídicas significativas das categorias acima. O suicídio assistido, apesar de suas peculiaridades e o caráter de

benevolência, recai no tipo penal geral referente ao tema 450. Não deveria ser assim. É preciso deflagrar no Brasil o debate necessário que valorize a autonomia do paciente na terminalidade da vida, sem desconsiderar os riscos de abusos e distorções que podem ocorrer, recaindo sobre pessoas idosas e doentes" (BARROSO, 2022, p.1169).

Vemos ainda que apesar de toda autonomia dada ao cidadão brasileiro algumas decisões o Estado se sobrepõe sob ele, já que a vontade sob como levar o tratamento de doenças terminais no estágio final ainda é considerado um tabu.

"A eutanásia é tratada como homicídio e a própria ortotanásia – conduta legítima e, em muitos casos, desejável – acaba ficando em uma zona cinzenta, que poderia ser enquadrada como omissão de socorro⁴⁵². Para evitar que a ausência de um tratamento legislativo específico para a ortotanásia induzisse os médicos a praticarem a distanásia, o Conselho Federal de Medicina terminou por editar uma resolução na matéria, permitindo a limitação do tratamento e a suspensão de procedimentos na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis⁴⁵³." (BARROSO, 2022, p.1170).

Logo observamos até onde vão as vontades do ser humano, e até que ponto estas se sobrepõem as leis e ao que é dito como correto, enfrentando a moral, os costumes e o que é tido como vida digna pela Constituição Federal.

4. O DIREITO À VIDA FRENTE À EUTANÁSIA

Destaca-se que o direito à vida é um dos pressupostos constitucionais, previsto no art. 5^a da Constituição Federal. Trata-se na contramão, de um direito não absoluto, tampouco superior hierarquicamente.

Muito se debate acerca da questão, mas há de se mencionar, que a livre escolha de morte, é relacionada ao direito à morte digna, se tratando de um meio mais humanizado, técnico, que buscam amenizar um sofrimento incurável, defendendo o direito à liberdade da autodeterminação do agente para a escolha do melhor procedimento a ser tomado.

5. A EUTANÁSIA NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

No Brasil por ser a vida um direito inviolável e pético entra em discussão quando se trata de outros países a flexibilização já vem acontecendo há algum tempo,

principalmente em países europeus, que já vem há muito tempo legalizando e permitindo o ato da eutanásia e seus derivados.

"Diversos países do mundo, sobretudo na Europa, admitem e regulamentam a morte com intervenção, tanto a eutanásia (Bélgica, Holanda, Espanha, Colômbia) quanto o suicídio assistido (Suíça, Nova Zelândia, Itália, Alemanha), sempre com a imposição de critérios rigorosos e controlados." (BARROSO, 2022, p.1170).

O último país a liberar a eutanásia foi Portugal nesta última sexta feira dia 12/05/2023 depois de anos com a proposta no parlamento.

"A lei específica que as pessoas são autorizadas a solicitar assistência para morte nos casos em que se encontrem "em situação de sofrimento intenso, com lesão definitiva de extrema gravidade ou doença grave e incurável". A regra estabelece um intervalo de dois meses entre a aceitação do pedido e o procedimento propriamente dito e torna obrigatório o apoio psicológico." (KHALIP, "Presidente de Portugal Sanciona Lei Que Permite Eutanásia").

Fica claro que em todos os países que regulamentaram a favor da eutanásia tem fortes regulamentos e regras de como é o funcionamento desde o pedido até a realização dela.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eutanásia é um tema complexo e altamente controverso que tem a anos gerado intensos debates éticos, morais e legais em todo o mundo. Como abordado neste artigo científico, à prática da eutanásia envolve o ato deliberado de terminar a vida de uma pessoa que sofre de uma doença incurável e que expressou seu consentimento para isso.

Considerando as diversas perspectivas sobre a eutanásia, é essencial levar em conta os princípios éticos fundamentais, como o respeito à autonomia e à dignidade humana, a proteção da vida e o alívio do sofrimento. Enquanto alguns argumentam que a eutanásia pode ser uma opção compassiva para acabar com o sofrimento prolongado e intolerável de pacientes terminais, outros levantam preocupações sobre possíveis abusos, falta de controle e deslizamento para práticas não voluntárias.

É crucial que a discussão e a regulamentação da eutanásia sejam pautadas em sólidos fundamentos éticos, levando em consideração os direitos individuais, a devida proteção dos pacientes mais vulneráveis e a garantia de cuidados paliativos adequados como alternativa à eutanásia. Além disso, o estabelecimento de critérios claros,

procedimentos rigorosos e a supervisão adequada são indispensáveis para garantir que a eutanásia seja realizada dentro de um quadro ético e legal.

Embora alguns países tenham optado por legalizar a eutanásia, é importante reconhecer que cada nação possui seu próprio contexto social, cultural e legal, o que resulta em abordagens divergentes em relação à eutanásia. O diálogo contínuo e a pesquisa científica são cruciais para aprofundar o entendimento dos impactos da eutanásia na sociedade, no sistema de saúde e nas famílias dos pacientes.

No final das contas, a eutanásia permanece como um assunto complexo e multifacetado que exige uma análise cuidadosa dos princípios éticos e dos valores sociais em jogo. A busca por soluções que abordem adequadamente o sofrimento humano e garantam o respeito à dignidade individual é um desafio contínuo, que deve ser enfrentado com base em evidências científicas, reflexão ética e considerações jurídicas sólidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artigo 121 Do Decreto Lei No 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. 7 Dec. 1940, www.jusbrasil.com.br/topicos/10625629/artigo-121-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940. Acesso em 17/05/2023.

BARBOSA, Gabriela Sousa da Silva; LOSURDO, Frederico. **Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/MKcqnsGvQrkG3z5HSHRkLhF/?lang=pt>. Acesso em: 28/04/2023

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book

FRANCO, Sandra. **Eutanásia a importância de discutir a morte com dignidade.** Disponível em: <https://cnbsp.org.br/2021/07/21/artigo-eutanasia-%C2%96-a-importancia-de-discutir-a-morte-com-dignidade-%C2%96-por-sandra-franco/>. Acesso em: 19/04/2023

GOULART, Mariana. **A eutanásia, o direito de morrer e suas implicações no direito penal: Análise da tipicidade no projeto de lei nº 236/12 do Senado Federal.** Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2019/pdf/MarianaGoulart.pdf. Acesso em: 19/04/2023

KHALIP, Andrei. **“Presidente de Portugal Sanciona Lei Que Permite Eutanásia.”** CNN Brasil, 17 May 2023, www.cnnbrasil.com.br/internacional/presidente-de-portugal-sanciona-lei-que-permite-eutanasia/. Acesso em 17/05/2023.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR NO AMBIENTE DIGITAL

MIRIÃ CAMILA BARBOSA NASCIMENTO:

graduanda em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis¹⁰⁰.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente artigo visa expor pesquisa acerca da responsabilidade civil do provedor no ambiente digital, tendo em vista, a realidade contemporânea de milhões de pessoas. A Teoria da responsabilidade civil está vinculada a obrigação de reparar o dano por ação ou omissão, procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano e em que medida está obrigada a repará-lo. O ambiente digital ultrapassa fronteiras que são impostas no ambiente físico levando a incontáveis ataques e crimes cibernéticos. Milhares de pessoas no ambiente digital são prejudicadas pela falta do alcance de reparação do dano diante diversos atos ilícitos cometidos diariamente. Esta pesquisa utilizou como método a revisão bibliográfica em doutrinas, jurisprudências, teses e artigos publicados, utilizando como banco de dados o buscador Google Acadêmico.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil Dano. Ambiente digital

ABSTRACT: This article aims to present research on the civil liability of internet service providers in the digital environment, considering the contemporary reality of millions of people. The theory of civil liability is linked to the obligation to repair damage caused by action or omission, seeking to determine under what conditions a person can be considered responsible for the damage and to what extent they are obliged to repair it. The digital environment surpasses the boundaries imposed in the physical environment, leading to countless cyber attacks and crimes. Thousands of people in the digital environment are harmed by the lack of access to damage reparation in the face of various illicit acts committed daily. This research employed the method of literature review, analyzing doctrines, case law, theses, and published articles, using Google Scholar as the database.

Keywords: Civil Liability, Damage, Digital Environment

1. Introdução

100 E-mail: miriacamilab@gmail.com

O século XXI está em constante evolução e a tecnologia no ambiente digital é o que impera e fascina a sociedade global, fazendo com que o tema seja atual e de relevância aos estudos.

Nos dias atuais é incrível viver tantos avanços tecnológicos, principalmente no ambiente digital, com isso, se torna até difícil pensar como gerações passadas ficavam anos aguardando uma resposta ou notícia, algo que no presente momento é impossível acontecer, pois com apenas um clique “janelas do mundo inteiro” se abrem, as trocas de informações são rápidas e constantes a qualquer momento e de qualquer lugar, não restam dúvidas que a internet se tornou essencial para pessoa física e jurídica sendo o meio que todos sem exceção usufrui, tanto para alcançar novos clientes quanto interagir com pessoas ao redor do mundo.

A internet é uma porta de entrada e saída de informações, podendo ocultar perigo aos seus usuários fazendo com que eles não estejam livres de danos neste ambiente, em virtude que, indivíduos dotados de má índole invadem a privacidade alheia, resultando em uma instabilidade e insegurança no ambiente digital.

O presente tema aguça a curiosidade no tocante a responsabilidade civil (reparação de dano), quando alguma informação ou conteúdo exposto à rede acarreta prejuízo moral ou material a alguém, haja vista que no exato momento é impossível identificar o indivíduo que gerou o prejuízo. Situação a qual nos leva a um paradigma como identificar o usuário criminoso e como será a responsabilidade do provedor o qual tem que adotar medidas preventivas para evitar a circulação de informações suspeitas e atos ilícitos.

2. Conceito

A responsabilidade civil está relacionada de forma direta a quem comete uma ação ou omissão diante de um fato prejudicial a outrem, vindo do pressuposto que: “O seu direito termina, onde começa o do próximo”, preponderando diante da ação ou omissão, reparação a vítima. Entretanto se faz necessário destacar que o ordenamento jurídico brasileiro também responsabiliza aqueles que mesmo sem intenção de praticar ato ilícito gera dano a alguém, sendo esses nos casos que envolvem imprudência e negligência.

Art. 186 C.C- Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência a imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL)

Além do mais, é frisar três elementos que norteiam a responsabilidade civil são eles: conduta humana, dano e o nexo de causalidade. Conduta humana: deve ser voluntária diante de uma ação ou omissão o que não significa a vontade de causar prejuízo a outrem. Dano: Elemento essencial para que exista a responsabilidade em qualquer vertente sendo

subjetiva ou objetiva. Todo dano deve ser reparado pecuniária a título de compensação, mesmo que não consiga volta ao status quo, ou seja, mesmo que não consiga volta a ser como era no início. Nexo de Causalidade: É o elo que liga o dano e a conduta sendo possível identificar fator que gerou o dano efetivo, demonstrando se houve alguma ação ou omissão, culpa ou dolo, entre outros pressupostos.

2.1. Breve evolução histórica da Responsabilidade Civil

Os direitos existentes foram arduamente conquistados, descartando-se por diversas lutas de respeito, igualdade, liberdade de escolhas entre muitos movimentos de sociais para que houvesse um equilíbrio entre as classes altas e as baixas que se destacavam pela pobreza e a falta respaldo do “Estado” para com eles, tendo assim uma justiça ausente, formando assim a responsabilidade civil como vingança, sendo uma reação contra comportamento lesivo.

“Na ausência de um poder central, a vindita era levada a efeito pela própria vítima ou pelo grupo ao qual pertencia. Ao passo que sucessivamente foi criada a Lei de Talião: olho por olho, dente por dente – típico da tradição bíblica –, a qual, não obstante o seu rigor, tratava-se indubitavelmente de um temperamento dos costumes primitivos, em função da proporcionalidade do castigo. Entretanto, apenas em um momento posterior a essas primitivas formas de autotutela deu-se início à compensação pecuniária, um acordo pelo qual a devolução de uma soma em dinheiro substituíria tanto a vingança incondicional como a Lei de Talião. “Nesse ambiente nasce à responsabilidade civil, no sentido moderno da expressão, compreendida como obrigação de restituir ao ofendido uma soma em pecúnia com a função de sancionar o ofensor e satisfazer o ofendido.” (FARIAS, 2019, p.134).

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro pormenoriza a responsabilidade civil de forma inquestionável abrangendo todos os ramos possíveis na sociedade contemporânea, abordando expressamente que o causador do dano efetivo ou eventual deverá ser responsabilizado pelo prejuízo que causou ao outro de maneira a repará-lo pecuniariamente.

2.2. Teorias da Responsabilidade Civil

Teoria subjetiva que advém de culpa ou dolo, esta deriva da própria vontade do agente em praticar a ação ou omissão que acarreta o ato ilícito. Já aquela decorre da imprudência ou negligência quando o agente não tem a intenção de praticar ato ilícito,

mas por sua conduta causa prejuízo a alguém, nestas circunstâncias faz necessário que a vítima prove a culpa do agente para haver indenização ao dano causado.

Teoria objetiva originou-se nos casos em que poderia haver prejuízo para alguém em determinada ação ou omissão, ainda que não houvesse comprovação de dolo ou culpa por parte da vítima e de terceiros.

Existe uma vertente que deriva da responsabilidade objetiva, chamada de Teoria do Risco, esta decorre da ausência de culpa, do abuso de direito e a responsabilidade indireta. Como abrange o código civil ao positivizar, nos artigos 187, 927, Parágrafo único, 931, 932, 936, 938. Conforme abaixo:

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

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

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

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (BRASIL)

Os riscos estão intrinsicamente em quaisquer atividades, tornando-se perigoso diante de um ato, tendo diversas consequências às quais devem ser analisadas a cada caso e reparado de algum modo. Sobre isso Rénan Kfuri Lopes em sua publicação aborda que:

“Os juristas, em busca da fundamentação para o estudo da responsabilidade objetiva, criaram a teoria do risco, que compreende que, se alguém exerce uma atividade criadora de perigos especiais, deve responder pelos danos que ocasionar a outrem.

No estudo da teoria do risco, encontramos algumas modalidades trazidas pela doutrina, uma vez que o Código Civil, em seu art. 927, não faz qualquer distinção, como:

Risco proveito: responsabiliza aquele que busca tirar proveito da atividade danosa, baseando-se no preceito de quem aufere o bônus, deve suportar o ônus (*Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*).

Risco profissional: onde o dever de indenizar ocorre sempre que o fato prejudicial decorre da atividade ou profissão do lesado. Justifica a reparação dos acidentes de trabalho. **Risco excepcional:** ocorre quando a reparação é devida sempre que o dano for consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça.

Risco criado: ocorre quando aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, estando assim a reparar o dano que causar, salvo prova de haver obedecido a todas as medidas idôneas a evitá-lo.

Além dos casos acima mencionados, encontramos a teoria do risco integral, considerada uma modalidade extremada da teoria do risco, onde o agente se obriga a reparar o dano causado até quando inexistente o nexo causal, ou seja, o dever de indenizar surge tão-somente em face do dano, ainda que oriundo de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.” (LOPES. Rénan Kfuri).

Posicionamento que possibilita uma ampla interpretação na Teoria do Risco dentro da sociedade contemporânea no ambiente digital, tendo em vista o desenvolvimento avançado na área digital, onde estabelece um mundo totalmente sem fronteiras, facilitando o surgimento de vários riscos mencionado acima. Em virtude que, o ambiente digital vincula pessoas de boa ou má índole sendo possíveis ambas acessarem informações particulares sem autorização, pela razão da falta de segurança nos armazenamentos de dados pessoais e dados sensíveis, gerando um futuro incerto e totalmente obscuro, elevando a um nível extraordinário de riscos e medos no mundo digital. Visto que outrora

era fácil identificar o agente para reparar dano, atualmente com os novos meios de comunicação, torna-se demorado para ter uma reparação civil efetiva, devido a todo processo de investigações que necessitam de cooperações dos provedores para a localização do usuário criminoso.

3. Ambiente Digital

O que se entende por ambiente digital? É o meio criado através de computadores conectados a uma rede de provedores de internet, que possibilitam interações de várias pessoas de diversas partes do mundo a compartilharem conteúdos em tempo real e se comunicarem via mensagens escritas, de áudio e também vídeos sem ao menos se conhecerem, isso devido a aplicativos específicos desenvolvidos por softwares. Este ambiente, além de possibilitar interações entre pessoas físicas também se tornou um espaço adequado para que pessoas jurídicas pudessem estabelecer vínculos virtuais com seus empregados e consumidores possibilitando conjuntamente neste último caso captação de novos clientes que acessam as páginas e lojas virtuais para compras, vendas, trocas, feedback do atendimento etc.

É legítimo afirmar que o ambiente digital atingiu patamares inestimáveis, revolucionou a liberdade de expressão a comunicação interpessoal e a comunicação social, o livre exercício de qualquer trabalho e a livre expressão da atividade, contendo muitos benefícios como celeridade, flexibilidade e facilidade, o que outrora delongava meses ou até mesmo anos pela razão que todos os meios utilizados eram físicos, hoje não demora mais.

No entanto, assim como vieram às benesses, se achegou também os malefícios os quais vêm crescendo gradativamente neste meio causando riscos e medos, pode-se dizer que o homem almejou tanto o desenvolvimento tecnológico que ficou refém de sua própria criação. Pelos seguintes motivos: Para que um usuário tenha acesso a este ambiente é preciso à criação de conta, a qual será necessária à inserção de dados pessoais que a partir de então estarão sujeitos a possíveis violações. Vez que, aparelhos computadorizados de maneiras inteligentes sempre estão conectados a uma rede colhendo dados diariamente de maneira silenciosa podendo a qualquer momento se auto programar e começa a vaziar dados armazenados, ocasionando possíveis violações tanto por parte da Inteligência Artificial quanto por parte de Hackers que é alguém capaz de invadir dispositivos eletrônicos, redes e sistemas de computação, seja para verificar a segurança e aperfeiçoá-lo ou para praticar atos ilícitos.

3.1. Ocorrência de Crimes

Os crimes no âmbito da internet cresceram consideravelmente nas últimas décadas, uma reportagem publicada pelo site O GLOBO afirma que:

“Em 2021, o Brasil atingiu a marca do segundo lugar entre os países que mais sofreram ataques virtuais criminosos na América Latina e Caribe, de acordo com levantamento feito pela Fortinet Threat Intelligence Insider Latin America, ganhando uma posição desde o início da pandemia de Covid-19. Por aqui, foram registrados 88,5 bilhões de tentativas de ataques cibernéticos no ano passado, um aumento de mais de 950% com relação a 2020. Números que saltam aos olhos das empresas que buscam proteger. (DINO)

O fato é que milhares de pessoas já sofreram algum tipo ataque ou crime pelas Redes, dentre tantos se destacam os habituais que são: violação à vida íntima e privada; vazamento de dados pessoais e sensíveis; racismo: discriminação contra indivíduos ou grupos por causa de sua etnia, cor ou orientação sexual; crimes contra a honra: caluniar, difamar ou injuriar alguém através de sites ou redes sociais; furto: desvio de dinheiro em contas bancárias; estelionato: uso de cartões créditos e CPFs falsos para fazer compras na internet; pedofilia: divulgação de pornografia infantil e pirataria: violação de direitos autorais.

É vasta a lista de crimes que pode ser cometido nas redes, e para combatê-los além de identifica-los e preciso acionar a autoridade competente para que possam investigar, para isso, é imprescindível a colaboração dos provedores na investigação desses crimes.

“Ao praticar estes crimes, muitas vezes o autor tem a falsa ideia de que irá conseguir se manter no anonimato, usando e-mails gratuitos criados livremente, ou montando páginas em sites que não exigem os dados do autor. Entretanto, para a polícia não é difícil descobrir quem está por trás da agressão. A investigação baseia-se em um número que cada computador recebe toda vez que acessa a internet e fica registrado nos provedores, é a chamada sequência IP.(JÚNIOR. Itamar Arruda)

O IP é fundamental para acessar as redes, sem ele, não haveria a internet que temos hoje, ele é responsável pela comunicação dos dados inseridos, sendo valioso para identificação e endereçamento dos dispositivos conectados à rede computadorizada abrangendo também os smartphones e dispositivo em coisas inteligente, sendo capaz de localizar os provedores de onde possivelmente foi utilizado para cometer atos ilícitos.

4. Responsabilidade Civil do Provedor de Internet perante atos ilícitos

Compreende-se por Provedor aquele que provê, fornece algo ou algum serviço. Sob essa ótica o mundo digital abarca algumas espécies de Provedores os quais são responsáveis pelo fornecimento específico de serviço à rede de internet, sendo eles:

“Provedor de backbone ou Provedor de estrutura: é o responsável por oferecer conectividade por meio do acesso à sua infraestrutura por outras empresas que, por sua vez, revendem o acesso e ofertam hospedagem para usuários finais. Cumpre destacar que não há o contato direto entre o usuário final e esse tipo de provedor, tendo em vista que a conexão do usuário à rede se dá por intermédio de um provedor de acesso ou hospedagem.

Provedor de acesso: é aquele que intermediará a conexão do usuário com o provedor de backbone, atribuindo ao usuário um endereço de IP (Internet Protocol) para que possa conectar-se à rede mundial de computadores.

Provedores de correio eletrônico oferecem aos usuários serviços de e-mail, tais como acesso, envio recebimento e armazenamento de mensagens.

Provedor de hospedagem possibilita o armazenamento de dados em sua estrutura física (servidores), permitindo então o acesso do conteúdo pelos usuários da internet, ou seja, a função do provedor de hospedagem é armazenar em seus servidores sites ou páginas.

Provedores de conteúdo são os responsáveis por disponibilizar informações ao usuário na Internet, seja em espaço próprio ou de terceiros. Contudo, cabe, ainda, diferenciar provedor de informação e provedor de conteúdo, sendo que o primeiro como o próprio nome aduz é quem cria a informação a ser disponibilizada e o último é, em regra, responsável apenas pela disponibilização da informação criada pelo provedor de informação, sem qualquer ingerência em seu controle editorial. (GARCIA. Andressa)

Por tais motivos a colaboração dos provedores para as autoridades judiciárias competentes se tornou crucial para a localização dispositivo que foi utilizado para cometer crimes, é importante ressaltar que nem sempre será encontrado o usuário criminoso, pela razão que a internet é um mundo sem fronteiras que possibilita crimes cibernéticos em diversas partes do mundo de qualquer lugar a qualquer pessoa, razão pela qual a

localização do IP achará apenas o dispositivo usado para cometer o ato ilícito e não propriamente a pessoa que cometeu.

O provedor por ser um mero condutor de informações não tem controle sobre conteúdos enviados pelos seus usuários e por isso se exime da responsabilidade objetiva. Questão que está positivada na Lei 12.965/2014 que é considerada no mundo jurídico Marco Civil da Internet que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria. Ela regulariza no Capítulo III - Da Provisão de Conexão e de Aplicações de internet, Seção III - Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros em seu artigo 18 e seguintes dispõe não mudar de residência sem a comunicação ao juiz e autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção, recolher-se à habitação em hora fixada e não frequentar determinados lugares.

“Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. **§ 1º** A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. **§ 2º** A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal. **§ 3º** As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais. **§ 4º** O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o

interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário. **Parágrafo único.** Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. **Parágrafo único.** A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido. (BRASIL)

Assunto que torna complexa responsabilidade civil do provedor no ambiente digital, pois o provedor tem autonomia para retirar da web conteúdos ofensivos, esta ação é totalmente preventiva utilizada para controlar tudo que for nocivo ou que possa causar dano a outrem.

Ademias se trazemos o Art.927- parágrafo único dispõe que: Haverá obrigação de reparar o dano independente de culpa, nos casos específicos em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza, risco para o direito de outrem.

Nota-se que as atividades descritas no Art. 927 C.C - parágrafo único não são de exclusividade do autor, logo poderá ser desenvolvida por outro que causar risco ao direito de alguém.

O art.931 C.C dispõe que as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados produtos posto em circulação. Diante disso o que se entende por Produto? É qualquer serviço ou item que atende a uma necessidade, desejo ou resolve o problema de um usuário pode ser considerado um produto.

O ambiente digital é um local de muitas circulações de informações e produtos os quais são alvos de iminentes fraudes que atingem milhares e milhares de pessoas por dia. O fato é que mesmo diante de tantos requisitos positivados para demanda do provedor a Lei 12.965/2014 Art. 18 dispõe que o provedor não terá responsabilidade civil objetiva diante de uma determinada ação ou omissão ainda que não houvesse comprovação de dolo ou culpa por parte da vítima.

No entanto, é suma importância ressaltar que nem sempre o autor que publicou o conteúdo ofensivo ou cometeu algum crime cibernético em alguma plataforma será encontrado para reparar o dano e diante desses casos.

A referida lei no art.19 ratifica a liberdade de expressão e proíbe a censura, observância que advém da Constituição Federal de 1988, sendo de perfeita valia, pois houve períodos que a liberdade de expressão foi reprimida no Brasil e a censura imperou na nação trazendo sofrimento, desespero, bem como perdas irreparáveis.

A liberdade de expressão é o direito à livre manifestação que não afete garantia de terceiros de exercer o mesmo direito sendo proibida sua expressão na forma de violência ou ameaça. Abranger este princípio com o fundamento que “o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.” É um ideal de retrocesso, o fato é que existe uma lacuna que deve ser preenchida e amparada pelo ordenamento jurídico com urgência para que não haja situações de impunidade, no tocante a responsabilidade civil do provedor no ambiente digital, pelo seguinte motivo; a partir do momento que o provedor tem autonomia e em sua estrutura a finalidade específica também é detectar e retirar de circulação conteúdo e informações ofensivas sem quaisquer notificação legal e não o faz, já está sujeito a ser demandado por causar danos a direito de outrem.

4.1 Decisões proferidas pelo STJ, STF e o entendimento do MPF sobre responsabilidade civil do provedor

As decisões proferidas do STJ a respeito da responsabilidade do provedor seguem o dispositivo da lei 12.965/2014 Art.19. responsabilidade em regra não é objetiva, mas se torna subjetiva após o não cumprimento da decisão judicial específica, conforme se observa abaixo:

“PROCESSUAL **CIVIL**. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE REMOÇÃO DE PUBLICAÇÕES ALEGADAMENTE ILÍCITAS E CONCESSÃO DE REGISTROS DE CONEXÃO E ACESSO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE O PROVIMENTO DE APLICAÇÃO E O SUPOSTO AUTOR **DO** CONTEÚDO. AUSÊNCIA. 1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 02/12/2020, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 01/07/2021 e concluso ao gabinete em 25/01/2022. 2. O propósito recursal consiste em dizer se houve negativa de prestação jurisdicional e se há litisconsórcio passivo necessário entre o **provedor** de aplicação e o autor **do** conteúdo publicado on-line. 3. É de ser afastada a existência de omissão no acórdão recorrido, pois a matéria indicada como não examinada foi enfrentada de forma objetiva e fundamentada no julgamento **do** recurso. 4. A **responsabilidade dos provedores** de aplicações por conteúdos gerados por terceiros é subjetiva, tornando-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo a partir **do** conhecimento da lesão que determinada informação causa, se não tomar as providências necessárias para a sua remoção e caso o fato tenha se verificado quando não estava em vigor a Lei nº 12.965/14, ou a partir da notificação judicial para remoção **do** conteúdo, nos termos **do** art. 19 **do** MCI. 5. São dois os fundamentos **do** litisconsórcio necessário: (i) a existência de específica determinação legal, em razão **do** juízo de conveniência formulado pelo legislador; (ii) a incidibilidade das situações jurídicas de dois ou mais sujeitos (art. 114 **do** CPC/2015). O segundo fundamento refere-se aos casos de litisconsórcio passivo unitário, nos quais não é possível que um sujeito da relação jurídica suporte determinado efeito sem atingir todos os que dela participam. 6. Tratando-se de demanda na qual se busca impor ao **provedor** de aplicação a obrigação de remover determinadas publicações e de fornecer registros de acesso e conexão, não há litisconsórcio passivo necessário com o autor **dos** conteúdos. Tais providências incumbem

ao **provedor**, mantenedor da rede social. Ou seja, eventual procedência **dos** pedidos não atingirá a esfera jurídica **do** autor das publicações. Ademais, eventual ilicitude **do** conteúdo da publicação e que poderá, eventualmente, resultar na responsabilização **do** seu autor, não acarretará, necessariamente, a **responsabilidade do provedor**. 7. Recurso especial conhecido e provido. **ACÓRDÃO** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma **do** Superior Tribunal de Justiça, na conformidade **dos** votos e das notas taquigráficas constantes **dos** autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos **do** voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino".(STJ).

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MARCO **CIVIL** DA INTERNET. DIVULGAÇÃO DE DADOS PESSOAIS VEICULADOS A PROSTITUIÇÃO E A CONTEÚDO SEXUAL EXPLÍCITO. **PROVEDORES** DE APLICAÇÃO DE INTERNET. **RESPONSABILIDADE**. CONTEÚDO GERADO POR TERCEIRO. DANOS MORAIS. INAPLICABILIDADE. 1. Recurso especial interposto em 25/11/2020 e concluso ao gabinete em 31/03/2022. 2. Cuida-se de ação de obrigação de fazer com pedido de indenização por danos morais. 3. O propósito recursal consiste em determinar se há dever indenizatório **dos provedores** de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro. 4. A jurisprudência **do** Superior Tribunal de Justiça está amplamente consolidada no sentido de afirmar que a **responsabilidade dos provedores** de aplicação da internet, por conteúdo gerado de terceiro, é subjetiva e solidária, somente nas hipóteses em que, após ordem judicial, negar ou retardar indevidamente a retirada **do** conteúdo. 5. A motivação **do** conteúdo divulgado de forma indevida é indiferente para a incidência **do** art. 19, **do** Marco **Civil** da Internet. 6. Recurso especial conhecido e provido. **ACÓRDÃO** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma **do** Superior Tribunal de Justiça, na conformidade **dos** votos e das notas taquigráficas constantes **dos** autos, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso especial nos termos **do** voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra

Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Dr. ALEX SILVA **DOS SANTOS**, pela parte RECORRENTE: T E S D E P O L **NOTAS** Indenização por dano moral: R\$ 10.000,00 (dez mil reais). **INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES À EMENTA** "Este STJ é firme no sentido de que a verificação **do** conteúdo das imagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos **provedores** de aplicação, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos **do** Código de Defesa **do** Consumidor, a aplicação que não exerce esse controle [...]". a motivação da divulgação **dos** dados pessoais sem a autorização, independentemente **do** propósito a que se propõe, seja por manifestação de opiniões políticas ou culturais, seja por conteúdo de teor sexual, não se justifica a afastar a incidência **do** art. 19, **do** Marco **Civil** da Internet [...]. Isso, pois, o dispositivo legal não faz distinção neste sentido. A exaltação da liberdade de expressão e vedação da censura, previstas no art. 19, da Lei nº 12.965/14, não estão restritas a conteúdo relacionado a opinião política manifestações culturais, críticas ou qualquer outro conteúdo".(STJ)

O questionamento da constitucionalidade do Art.19 da lei 12.965/14 chegou ao STF o qual se posicionou diante do julgamento do Recurso Extraordinário 1.037.396/SP sendo o Relator o Ministro Dias Toffoli. Em síntese ele se posiciona pela total constitucional do artigo não cabendo responsabilidade objetiva aos provedores.

"Insta definir aqui se, à luz dos princípios constitucionais e da Lei nº 12.965/2014, a empresa provedora de aplicações de internet possui os deveres (i) de fiscalizar o conteúdo publicado nos seus domínios eletrônicos, (ii) de retirar do ar informações reputadas como ofensivas mediante simples notificação extrajudicial e (iii) de se responsabilizar legalmente pela veiculação do aludido conteúdo antes da análise pelo Poder Judiciário. A matéria suscitada no recurso extraordinário conta com inequívoca repercussão geral, já reconhecida por ocasião da submissão do ARE nº 660.861/MG ao Plenário Virtual. Com efeito, razão assiste à parte quando aduz que o tema veiculado no presente recurso é similar ao daquele, com a diferença de que, in casu, está-se a lidar com caso ocorrido após o início da vigência do Marco Civil da Internet. Independentemente disso, a transcendência e a relevância são inequívocas, uma vez que a matéria em questão, dadas a importância e o alcance das redes sociais e dos provedores de aplicações de internet nos dias atuais, constitui interesse de toda a sociedade brasileira. Não fosse o

suficiente, o debate atinente aos deveres e à responsabilidade legal dos provedores de aplicações de internet por atos ilícitos praticados por terceiros à luz da Lei nº 12.965/2014 poderá embasar a propositura de milhares e milhares de ações em todo o país. A par do impacto sobre o Judiciário, há de se considerar também o impacto financeiro sobre as empresas provedoras de aplicações de internet, o que pode, em última instância, reverberar na atividade econômica como um todo. A par disso, a discussão em pauta resvala em uma série de princípios constitucionalmente protegidos, contrapondo a dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos da personalidade à liberdade de expressão, à livre manifestação do pensamento, ao livre acesso à informação e à reserva de jurisdição. Dada a magnitude dos valores envolvidos, afigura-se essencial que o Supremo Tribunal Federal, realizando a necessária ponderação, posicione-se sobre o assunto. Por fim, vale assinalar que aquilo que se decidir no ARE nº 660.861/MG aplicar-se-á, em tese, apenas aos casos ocorridos antes do início da vigência do Marco Civil da Internet. Ante a já descortinada relevância do assunto e as alterações do regime legal introduzidas pela Lei nº 12.965/2014, é imperioso que esta Corte se manifeste novamente sobre o assunto, desta feita, sob a perspectiva do normativo vigente desde 23/6/2014. Destarte, manifesto-me pela existência de questão constitucional e pela repercussão geral da matéria". (STF).

Mesmo diante dos posicionamentos dos egrégios que são favoráveis a constitucionalidade do referido Artigo, há diversos defensores que visam a inconstitucionalidade total ou parcial, e este é o entendimento do Procurador Geral da República Augusto Aras, pauta que foi fomentada no Recurso Extraordinário 1.057.258/MG

"Segundo Aras cabe aos provedores de aplicações de Internet, independentemente de ordem judicial, observar direitos fundamentais, prevenir sua violação e reparar os danos causados por condutas de usuários não acobertadas pela liberdade de expressão, como nos casos de manifestações ilegais baseadas em fatos sabidamente inverídicos ou de conteúdo criminoso.

Embora o artigo 19 da Lei 12.965/2014 enfatize a liberdade de expressão, a partir da orientação de que não cabe aos provedores de Internet realizar indevida censura ou controle prévio de opiniões e pensamentos lícitos, deve haver exceção para essa diretriz nos casos

de práticas ilícitas. O PGR defende que, nessas situações, os gestores de aplicativos atuem com os devidos cuidado e diligência para evitar que as plataformas sirvam de espaço para a difusão de conteúdos violadores de direitos fundamentais.

Augusto Aras sustenta que o ato ilícito deve ser rapidamente desfeito, tendo em vista a extrema agilidade do tráfego de informação pela Internet. Por esse motivo, argumenta que é desnecessário acionar o Judiciário em todo e qualquer caso, “como poderia dar a entender uma interpretação literal do artigo 19 da Lei 12.965/2014”. Entretanto, o PGR destaca que essa permissão para os provedores deve limitar-se às práticas sem respaldo no legítimo exercício do direito à liberdade de expressão para observar os direitos fundamentais de cada usuário e de terceiro, além de sanar ilícitos pontuais, gerados por informações sabidamente equivocadas ou vexatórias, também produzidas pelos usuários da respectiva rede social”. (MPF)

Diante de todo o exposto, a meu ver, o entendimento do Augusto Aras é o mais justo, mesmo que a lei 12.965/14 seja recente, se faz necessário uma interpretação mais adequada para os dias atuais, devido a diversas mudanças repentinas no ambiente digital.

5. Considerações Finais

Ante todas as informações obtidas concluo que o ordenamento jurídico brasileiro está “engatinhado”, a respeito da responsabilidade civil do provedor no ambiente digital, ainda falta muito para que as leis sejam eficientes, como cada provedor tem uma função específica torna complexa a matéria de responsabilidade civil.

Pois, a maioria dos casos versam sobre o provedor de acesso e o provedor de conteúdo, sendo este responsável por disponibilizar informações ao usuário na Internet funcionando como um portal de notícias, já o outro, é responsável pela conexão à rede gerando o IP para que o usuário possa acessar ao ambiente digital sendo de suma importância para a localização do provedor que foi utilizado para cometer crimes cibernéticos os quais crescem em um nível acelerado.

Isso tudo nos leva a um segundo problema, que é a regulação internacional. A internet transcende as fronteiras nacionais, tornando difícil a regulamentação por um único país. Enquanto o firewall de grandes servidores brasileiros bloqueia textos, frases ou palavras indevidas em português, basta acessar um link de outro país usando alguma VPN para já termos acesso a milhares de informações. Além disso, se considerarmos a Deep Web, o assunto se torna ainda mais complexo e amplo.

O fato é que a velocidade na troca de informações na internet ocorre em uma escala gigantesca, e suas mudanças são rápidas, o que faz com que as leis atuais não consigam acompanhar o ritmo. Um exemplo disso são os sites de filmes piratas. Enquanto os peritos digitais se esforçam e conseguem derrubar um link, outros dez novos sites do mesmo segmento são hospedados em novos provedores em outros lugares do mundo

Portanto, é fundamental que as leis e regulamentações sejam atualizadas e adaptadas constantemente para enfrentar esses desafios. A colaboração entre governos, empresas e sociedade civil pode ser essencial para desenvolver soluções eficazes e lidar com os problemas relacionados à regulamentação digital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ROSENVALD, N. As Funções da Responsabilidade Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Acessado em 10/04/2023

FIORILLO, C. A. P.; CONTE, C. P. Crimes no Meio Ambiente Digital. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. Acessado em 03/05/2023

BRASIL, Lei nº 12.965, de 2023 de Abril de 2014, Capítulo III, art. 18, 19, 20 e 21. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

Acessado em 08/05/2023

BRASIL, Código Civil, art. 187, 927, Parágrafo único, 931,932, 936 e 938. Disponível e https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acessado em 06/04/2023

DINO, Crimes digitais crescem pós pandemia e provocam corrida por ciberseguros. Disponível em <https://valor.globo.com/patrocinado/dino/noticia/2022/06/27/crimes-digitais-crescem-pos-pandemia-e-provocam-corrída-por-ciberseguros.ghtml>. Acesso em 03/05/2023

ELETRONET, LGPD no provedor: entenda a lei e como impacta seu negócio. Disponível em <https://www.eletronet.com/blog/lgpd-no-provedor-entenda-a-lei-e-como-impacta-seu-negocio/> Acesso em 04/05/2023

FACHINI, Tiago. Responsabilidade civil, requisitos e consequências. Disponível em <https://www.projuris.com.br/blog/responsabilidade-civil/#:~:text=A%20responsabilidade%20civil%20diz%20respeito,v%3%ADtima%20dessa%20a%3%A7%3%A3o%20ou%20omiss%3%A3o>. Acesso em 17/04/2023

GARCIA, Andressa. Direito digital: Quais os provedores segundo o Marco Civil na Internet. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direito-digital-quais-os-provedores-segundo-o-marco-civil-da>

[internet/500417126#:~:text=Em%20uma%20vis%C3%A3o%20ampla%20e%20geral%20podemos%20elencar%20as%20seguintes,\(v\)%20provedores%20de%20conte%C3%BAdo. Acesso em 08/05/2023](#)

JÚNIOR. Itamar Arruda. Provedores não colaboram com processos de ofensas pela web. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2001-dez-14/provedores-colaborar-informacoes-acoer>. Acesso em 19/05/2023

LOPES, Rénan Kfuri. CHAVES Rebecka. Responsabilidade Civil e a Teoria do Risco. Disponível em <https://rkladvocacia.com/responsabilidade-civil-e-teoria-do-risco/>. Acessado em 16/05/2023

MPF. Procuradoria Geral da República defende responsabilidade de provedor de internet por conteúdo ilícito publicado por usuários. Disponível em <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr2/2023/pgr-defende-responsabilidade-de-provedores-de-internet-por-conteudo-ilicito-publicado-por-usuarios>. Acesso 22/05/2023

STJ. Jurisprudência. Responsabilidade Civil do Provedor. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=RESPONSABILIDADE+CIVIL+DO+PROVEDOR&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em 22/05/2023.

STF. Recurso Extraordinário 1.037.396. São Paulo. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5160549>. Acesso em 22/05/2023

TEFFÉ, Chiara Spadaccini; SOUZA Carlos Affonso. Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo-terceiro-internet>. Acessado em 08/05/2023

MEDIDAS PREVENTIVAS E ASSISTENCIAIS CONTRA O USO DE DROGAS NO BRASIL.

GUSTAVO HENRIQUE MARTIN:

graduando em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

ALEX LOPES APPOLONI

(orientador)

Resumo: O presente artigo teve como enfoque fazer uma análise das atuais medidas adotadas no Brasil com a finalidade de combater e dar assistência contra o uso e a circulação de drogas ilícitas. Para tanto, primeiro traçou uma linha cronológica das legislações que já foram vigentes no Brasil acerca do assunto, passando dos primórdios até a configuração do período denominado pela doutrina de higienista, fez um breve apanhado acerca dos tratados internacionais que já trataram sobre o tema e a culminação no chamado modelo bélico no cenário internacional. Abordou também a atual lei de drogas, Lei 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas (SISNAD), expondo seu conceito, princípios e objetivos. Trouxe a caracterização das condutas de uso e tráfico de drogas pelo prisma da Lei 11.343/2006, abordando as polêmicas acerca da discussão sobre a criminalização ou não do usuário de drogas ilícitas e da equiparação da conduta de tráfico das mesmas a crimes hediondos, com jurisprudência acerca de ambas. Relatou as recentes alterações sofridas pela Lei de Drogas em decorrência da Lei 13.840/2019 no tocante a internação do usuário de drogas. Por fim abordou brevemente sobre o PROERD e trouxe algumas análises estatísticas sobre o consumo e tráfico de drogas ilícitas, onde concluiu-se que as medidas atuais não têm sido suficientes para sanar o problema, sendo necessário maior discussão acerca do tema e possível reformulação. Teve como metodologia, revisão da literatura existente acerca do tema.

Palavras-chave: Drogas. Circulação. Prevenção. Combate. Discussão

Abstract: This article focused on an analysis of the current measures adopted in Brazil in order to combat and provide assistance against the use and circulation of illicit drugs. To this end, it first traced a chronological line of the laws that have already been in force in Brazil on the subject, going from the beginnings to the configuration of the period denominated by the doctrine of hygienist, made a brief overview of the international treaties that have already dealt with the subject and the culmination in the so-called war model in the international scenario. It also addressed the current drug law, Law 11.343/2006, which established the National System of Public Policies on Drugs (SISNAD),

exposing its concept, principles and objectives. It brought the characterization of the conducts of drug use and trafficking through the prism of Law 11.343/2006, addressing the controversies about the discussion about the criminalization or not of the user of illicit drugs and the assimilation of the conduct of trafficking of the same to heinous crimes, with jurisprudence about both. It reported the recent changes suffered by the Drug Law as a result of Law 13,840/2019 regarding the hospitalization of drug users. Finally, he briefly addressed PROERD and brought some statistical analyses on the consumption and trafficking of illicit drugs, where it was concluded that the current measures have not been sufficient to remedy the problem, requiring further discussion on the subject and possible reformulation. Its methodology was a review of the existing literature on the subject.

Keywords: Drugs. Circulation. Prevention. Combat. Discussion

Resumen: Este artículo se centró en un análisis de las medidas actuales adoptadas en Brasil para combatir y proporcionar asistencia contra el uso y la circulación de drogas ilícitas. Con este fin, primero trazó una línea cronológica de las leyes que ya han estado vigentes en Brasil sobre el tema, yendo desde los inicios hasta la configuración de lo período denominado por la doctrina del higienista, hizo una breve reseña de los tratados internacionales que ya han tratado el tema y la culminación en el llamado modelo de guerra en el escenario internacional. También abordó la actual ley de drogas, la Ley 11.343/2006, que estableció el Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), exponiendo su concepto, principios y objetivos. Trajo la caracterización de las conductas de consumo y tráfico de drogas a través del prisma de la Ley 11.343/2006, abordando las controversias sobre la discusión sobre la criminalización o no del usuario de drogas ilícitas y la asimilación de la conducta de tráfico de las mismas a crímenes atroces, con jurisprudencia sobre ambos. Informó de los recientes cambios sufridos por la Ley de Drogas como consecuencia de la Ley 13.840/2019 relativa a la hospitalización de usuarios de drogas. Por último, se refirió brevemente al PROERD y aportó algunos análisis estadísticos sobre el consumo y el tráfico de drogas ilícitas, en los que se llegó a la conclusión de que las medidas actuales no han sido suficientes para remediar el problema, lo que requiere un mayor debate sobre el tema y una posible reformulación. Su metodología fue una revisión de la literatura existente sobre el tema.

Palabras clave: Drogas. Circulación. Prevención. Combate. Discusión

1. INTRODUÇÃO

Existem drogas que se dão por meios naturais e drogas sintéticas (criadas artificialmente), e ambas são divididas, segundo a legislação, em dois grupos que são classificadas assim:

Lícitas: a produção, a comercialização e o uso são permitidos pela lei e aceitos perante a sociedade. São exemplos de drogas lícitas o cigarro, as bebidas alcoólicas, medicamentos anorexígenos (moderadores de apetite) e medicamentos ilícitas, que por sua vez encontram proibição na lei para sua produção, comercialização e uso, e conseqüentemente não encontram aceitação por parte da sociedade. Como exemplo pode-se citar a maconha, a cocaína, o LSD, o crack e a heroína.

Entretanto, embora algumas drogas sejam lícitas, isso não as torna menos ameaçadoras em relação às consideradas ilícitas, sendo questionável a aceitação do primeiro grupo por grande parte da sociedade, tendo em vista que trazem prejuízos à saúde e também podem causar dependência para aqueles que são seus usuários. Assim, os critérios de legalidade e ou ilegalidade de uma droga são historicamente e geograficamente variáveis e não estão relacionados, obrigatoriamente, com a gravidade de seus efeitos.

Cada sociedade aceita certas drogas como lícitas e classifica outras como ilícitas. Nos Estados Unidos e em grande parte da Europa Ocidental, as drogas lícitas são a cafeína, o cigarro (nicotina) e o álcool, já no Oriente Médio, o álcool é proibido, porém, entre algumas tribos nativas americanas o peiote, um alucinógeno, pode ser usado licitamente para finalidades religiosas.

Nos Andes da América do Sul, a cocaína é usada para aliviar a fome e aumentar a capacidade de realizar trabalho intenso em elevadas altitudes. (GRAEFF, 1990.)

Um elevado custo pago pela sociedade ao proibir qualquer substância, é a atividade criminosa resultante disso, pois muitos serão atraídos a fornecer tal substância através do tráfico ilegal levando em consideração a oportunidade de lucros consideráveis, enquanto aqueles que são dependentes da referida droga podem chegar a praticar furtos, roubos, prostituição, além de outros tipos de comportamentos que podem estar adotando, para que seus vícios sejam satisfeitos.

Dentre os efeitos negativos da circulação de drogas, elenca-se, maior instabilidade dentre as relações sociais, crescimento de violência, maior taxa de furtos e roubos, maior direcionamento de dinheiro público para tratamentos médicos e internações, maiores taxas de doenças infectocontagiosas, além do aumento de episódios de acidentes de trabalho e trânsito, decorrentes do uso indevido de drogas, que por vezes resultam em mortes prematuras.

Nesse sentido, verifica-se necessário a discussão acerca da legislação de referente ao assunto atualmente vigente no Brasil e sua eficácia no combate e prevenção às drogas

2. BREVE HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DAS LEGISLAÇÕES REFERENTES ADROGAS NO BRASIL

2.1 Primórdios

Temos como o primeiro registro no Brasil de uma legislação referente a proibição de drogas, as Ordenações Filipinas que tiveram sua vigência de 1603 até 1830. Em seu Livro V, Título LXXXIX, as Ordenações Filipinas versavam “que ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem a venda nem outro material venenoso”.

De 1830 até o código penal republicano de 1890, não houve legislações a nível nacional relativas à matéria. No código penal republicano de 1890, a seguinte conduta era prevista como crime no artigo 159 “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”

Verifica-se que a proibição mencionada tinha como objetivo impedir a disseminação de substâncias venenosas, e não necessariamente substâncias entorpecentes e psicotrópicas. Ressalta-se que a pena para o referido delito era somente multa.

Anteriormente a 1914 não se encontrava no Brasil, uma sistematização da legislação acerca do tema de drogas, pois esta, ou se concentrava no modelo citado acima, sem a tutela específica de drogas conforme são compreendidas hoje (substâncias psicotrópicas e entorpecentes), ou se encontrava em normas municipais esparsas.

“A legislação anterior a 1914, seja aquela inscrita na tradição, que remonta às Ordenações Filipinas (V, XXXIX), das “substâncias venenosas” (expressão empregada no CP 1890, art. 159), com sabor de delito profissional dos boticários, preventivo do venefício, seja aquela esparsa em posturas municipais, como a proibição do “pito-de-pango” pela Câmara do Rio de Janeiro, em 1830, a legislação anterior a 1914 não dispõe de massa normativa que permita extrair-lhe uma coerência programática específica.” (BATISTA, 1997. p. 79).

Com o aumento do consumo de ópio e haxixe por parte da população no começo do século XX, principalmente em grupos formados por intelectuais e pela aristocracia urbana, se viu necessário novos regulamentos acerca das drogas, conforme afirmado por Salo de Carvalho (CARVALHO, 2014 p. 59-61).

2.2 Modelo Sanitário/Higienista

Em 1912, foi subscrito pelo Brasil o protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio que ocorreu em Haia, e decorrente disso, foi baixado o Decreto nº 11.481 de 10 de fevereiro de 1915, após o protocolo suplementar ser

incorporado no ordenamento jurídico através do Decreto nº 2.961 de 1914. O decreto tratava do “abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína”. (BRASIL, 1915, p. 3597).

Dessa forma a política de drogas no Brasil passou a possuir um formato mais alinhado, na direção do chamado “modelo sanitário” por Nilo Batista, o qual prevaleceu até a década de 50.

Parafraseando Batista (1997) tal modelo se caracterizava pelo proveito de conhecimentos e técnicas higienistas, na qual as autoridades policiais, jurídicas e sanitárias exerciam funções contínuas, às vezes fungivelmente. O viciado, ao invés de ser criminalizado e conseqüentemente punido, era tratado como enfermo, sendo aplicadas técnicas semelhantes às de contágios e infecções por febre amarela e varíola, sendo dessa forma, objeto de notificações compulsórias para internação com decisão judicial informada com parecer médico. (SILVA, 2011)

Referente ao tráfico, o modelo sanitário influenciava essencialmente no tocante à importação de substâncias entorpecentes, substâncias essas que eram comercializadas de forma regular por farmácias. Durante as décadas de 1920 e 1930, houve grande produção legislativa na intenção de normatizar a entrada e conseqüente comercialização das substâncias entorpecentes, onde a importação das substâncias proibidas sem o referido certificado de importação iria acarretar crime de contrabando.

O que se depreende com clareza de tais normas é uma concepção sanitária de controle do tráfico, de um tráfico que se alimenta do desvio da droga de seu fluxo autorizado. As drogas estavam nas farmácias ou nos “stocks” de uma indústria que apenas suspeitava do seu futuro sucesso comercial, e boticários, práticos, facultativos, fiéis de armazém e funcionários da alfândega são os personagens que abastecem de opiáceos ou cocaína grupos reduzidos e exóticos, intelectuais, filhos do baronato agroexportador educados na Europa, artistas: um hábito com horizonte cultural bem definido, sem significação econômica. (BATISTA, 1997. P. 79).

Em 1932, começou a surgir uma nova forma de tutelar a matéria, expandindo-se o prévio artigo 159 do código de 1890 para contemplar uma nova série de condutas. Substâncias entorpecentes substituíram as substâncias venenosas e, além da pena de multa houve a adição da pena de prisão. Neste sentido, começou a se desenhar um novo modelo repressivo de drogas no Brasil.

2.3 Análise das Convenções e Tratados Internacionais e a Culminação no Modelo Bélico

Referente ao surgimento de Convenções internacionais acerca de drogas, a Europa e os Estados Unidos da América começaram a sofrer problemas com a importação de substâncias psicoativas, como por exemplo o ópio, uma vez que essas drogas eram comercializadas e consumidas como mercadorias desde as Guerras do Ópio (1839 e 1865).

Nas chamadas Guerras do Ópio, a Inglaterra, após declarar guerra contra a China em favor do “livre comércio”, conseguiu garantir o monopólio internacional, consolidando dessa forma domínio no Extremo Oriente e implementando a prática comercial de substâncias psicoativas em larga escala.

Houve então a popularização do consumo dessas substâncias no contexto sociocultural de cada nação, consumo esse que desprovido de qualquer ‘lastro cultural’ que pudesse funcionar como uma espécie de mecanismo de controle informal do consumo, acabou por acarretar vários impactos sociais, como overdoses, complicações crônicas à saúde e a desconstrução de hábitos sociais locais que eram tradicionalmente instituídos.

De todo o problema gerado, surgiu então a Convenção do Ópio no ano de 1912 na qual seus signatários firmaram comprometimento em regular o comércio de morfina, cocaína e heroína dentro de seus próprios ordenamentos jurídicos, Convenção essa que foi incorporada ao Brasil por meio do Decreto 2961 de 1914 conforme mencionada anteriormente.

Os Estados Unidos da América foram o principal país a promover a política proibicionista em um nível internacional, uma vez que fomentou, no início do século XX, o controle do comércio de ópio para fins que não fossem medicinais, não tão somente com o intuito de adaptar imigrantes aos moldes ocidentais, mas também para ter a obtenção do poder econômico no mercado oriental, esse que até então era dominado pela Inglaterra.

Sendo, na época, o consumo de ópio associado a grupos considerados marginais (principalmente imigrantes orientais no ocidente), criou-se o estereótipo do consumidor, esse que era amoldado à uma visão moralista da sociedade acerca desses indivíduos que eram tipicamente compreendidos como usuários da droga, isso paralelamente ao crescimento de leis penais que versavam sobre o assunto, surgindo assim o chamado “discurso ético-jurídico” criado por Salo de Carvalho

O autor afirma como sendo o principal mecanismo da divulgação do discurso ético-jurídico, em um nível que fosse internacional, o Protocolo para Regular o Cultivo de Papoula e o Comércio de Ópio, o qual foi promulgado na cidade de Nova Iorque nos Estados Unidos em 1953. Entretanto o autor considera como sendo o “ingresso definitivo” do Brasil em um cenário internacional de combate as drogas, o período

ocorrido após a instauração de uma Ditadura Militar no Brasil, na qual houve aprovação e consequente promulgação da Convenção Única sobre entorpecentes através do Decreto 54.216/64, que foi subscrito por Castello Branco.

Como reação da sociedade à chamada contracultura dos hippies que foi instaurada na década de 60, a qual era popularmente associada ao consumo de substâncias psicoativas, como a maconha e o LSD, percebeu-se um endurecimento das leis penais que já existiam acerca das drogas, tendo como fundamento essencial um rechaço moral da cultura belicista dominante, principalmente nos Estados Unidos da América.

Dessa forma, isso acabou contribuindo para o surgimento de um novo modelo para a sistemática legal no que se referia a drogas, o chamado modelo bélico, esse que sucede o modelo sanitário vigente desde o início do século XX. O modelo belicista buscava opor-se às drogas com métodos de guerra, com a diferenciação do indivíduo considerado consumidor, daquele considerado traficante, aplicando tutela penal diferenciada a ambos.

Na década de 70, surgiu com o governo de Richard Nixon nos Estados Unidos, uma nova polarização, a qual teve sua concretização na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena no ano de 1971, dando origem ao conceito de narcotráfico conforme é compreendido atualmente.

Os Estados Unidos, uma vez que se encontravam diante de problemas internos referentes ao consumo de cocaína e heroína, decidiu retirar foco repressivo que estava no âmbito doméstico e passou a projetá-lo para o exterior e, especialmente, à América Latina, que se tornou foco de repressão internacional tanto de natureza jurídica quanto de natureza bélica, conforme afirmado por Salo de Carvalho a chamada “Guerra às Drogas”, pode se verificar como a uma culpabilização de países produtores de substâncias ilícitas, pelo consumo interno de tais substâncias no Estados Unidos, ou seja, criminalização do estrangeiro em prol da vitimização doméstica.

3 LEI 11.343/2006

A Lei 11.343/2006, também conhecida como Lei de Drogas e Lei Antidrogas, revogou a antiga Lei 6.368 /1976 bem como a Lei 10.409/2002, trazendo relevante caráter social acerca da questão, dando maior atenção as políticas públicas de saúde. sendo instaurada desde sua promulgação como um mecanismo de combate ao tráfico de drogas. A lei trouxe a criação do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas), que prevê a imposição de sanções mais severas para o tráfico de drogas bem como a despenalização de prisão para a conduta de uso de drogas ilícitas.

3.1 Conceito, Princípios e Objetivos do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas (SISNAD)

O conceito de SISNAD pode ser encontrado no artigo 3º, §1º e §2º da lei 11.343/2006 que explana que o mesmo corresponde ao conjunto de princípios, regras, critérios e recursos materiais, bem como recursos humanos, que desenvolvem políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo-se nele, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal, Municípios, e que atuará na articulação com o Sistema Único de Saúde – SUS, e com o Sistema Único de Assistência Social – SUAS.

O SISNAD possui ainda diversos princípios elencados no art. 4º da referida lei:

“Art. 4º São princípios do Sisnad:

- II. – o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;
- III. – o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;
- IV. – a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;
- V. – a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;
- VI. – a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;
- VII. – o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;
- VIII. a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;
- IX. – a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;
- X. – a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção

do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

- XI. – a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social; XI – a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – Conad.”

Referente aos objetivos do Sisnad, podemos encontrá-los no art. 5º da mesma Lei, onde cita-se dentre eles: Contribuição para a inclusão social do cidadão, com a finalidade de torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, bem como para o tráfico ilícito ou outros comportamentos correlacionados e a promoção da construção e socialização do conhecimento sobre drogas no país;

Assim sendo, nota-se que o SISNAD busca por meio de seus princípios e objetivos, a cooperação dos poderes públicos com os mecanismos de combate e prevenção ao tráfico de drogas, e seu uso. Nesse sentido, observa-se que o art. 7º da Lei prevê a asseguarção da orientação central e a execução descentralizada das atividades realizadas no âmbito da organização do SISNAD, nas esferas federal, distrital, estadual e municipal.

3.2 Caracterização da Conduta Criminosa do Uso de Drogas Ilícitas na Lei 11.343/2006

Existe grande discussão acerca da natureza jurídica do uso de drogas ilícitas em termos teóricos nos tempos atuais. Tal discussão, ao se analisar a Lei 11.343/2006, se finda, uma vez que se pode chegar à conclusão lógica de que se trata de crime.

Neste sentido, apesar de não existir previsão de pena privativa de liberdade para usuários de drogas ilícitas, em vários momentos o artigo 28 da mencionada legislação, se utiliza da palavra pena, ao se referir as medidas aplicadas ao usuário.

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

- I – advertência sobre os efeitos das drogas;
- II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuseo agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I – admoestação verbal;II
– multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Corroborando o ponto acima, foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal que não houve, com a legislação sobre drogas, a descriminalização da conduta do usuário, conforme se verifica da emenda do RE 430105 RJ, do qual foi relator o Min. Sepúlveda Pertence na jurisprudência a seguir:

Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – novalei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107).

- i. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva.
- ii. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (STF – RE: 430105 RJ, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLICADO EM 27-04-2007).

De qualquer modo, independentemente do caráter criminoso ou não do uso, tanto de drogas consideradas menos graves quanto daquelas tidas como mais agressivas, sua circulação gera grande problema na sociedade, uma vez que acarreta a desestruturação de famílias, aumento de quadros de violência e de criminalidade.

As drogas contribuem na etiologia e manutenção de vários problemas sociais, econômicos e de saúde enfrentados no Brasil, devendo, portanto, serem abordadas por todos os setores. Somado a isto, a ideologia da criminalização da dependência química, sustenta a identidade delinquente dos usuários e corrobora com a exclusão social e distanciamento destes dos serviços de saúde e das equipes (LIMA, 2014).

Assim sendo, o uso não deve ser visto tão somente como uma conduta ilegal que deva ser punida, mas devem ser analisados também vários fatores que contribuem para que a circulação de drogas continue a existir no Brasil.

3.3 - Caracterização da Conduta Criminosa de tráfico de Drogas Ilícitas na Lei 11.343/2006

A Lei Antidrogas estabelece em seu artigo 33, as seguintes condutas consideradas como tráfico de drogas:

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I importa, exporta, remete, produz, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes

elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Vide ADI nº 4.274)

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, debons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)”

Ao analisar o artigo exposto anteriormente, percebe-se o empenho do legislador ao tentar abranger várias condutas na classificação do tipo penal, desde o cultivo de plantas que constituam em matéria-prima para a preparação de drogas até mesmo ao oferecimento, de drogas a terceiros que constituam relacionamento com o indivíduo, mesmo que de forma gratuita.

Isso demonstra um claro esforço a fim de coibir a circulação de drogas no Brasil, tal esforço ainda é reforçado uma vez que o delito de tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, conforme previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIII:

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

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Tal equiparação é alvo de muita discussão, uma vez que com as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, na Lei 8.072/1990 acreditava-se que a mesma não mais existia. Entretanto, não é o caso, uma vez que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ, ao rejeitar HabeasCorpus HC 729.332, fixou entendimento que a classificação da narco traficância como infração penal equiparada a hedionda está prevista na própria Constituição conforme já mencionado.

De acordo com o relator do habeas corpus, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o fato de o Pacote Anticrime ter expressamente consignado, no artigo 112, parágrafo 5º, da LEP, que não se considera hediondo ou equiparado a ele o tráfico de drogas descrito no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 apenas consagrou o tratamento diferenciado que já era atribuído pela jurisprudência ao tráfico privilegiado.

O relator afirmou ainda que a mencionada descaracterização da equiparação do tráfico privilegiado a crime hediondo não se estende ao crime do artigo 33, caput e parágrafo 1º, da Lei de Drogas.

3.4 Critério de Diferenciação da Figura do Traficante e do Usuário de Drogas na Lei 11.343/2006

Tem-se como o critério de diferenciação da figura do traficante e do usuário de drogas, o previsto no art. 28, §2º da Lei 11.343/2006:

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

Expostos os critérios determinados pela legislação, ressalta-se que deverá ser feita a análise de cada caso concreto tendo em vista o local e a hora da apreensão, as circunstâncias sociais e pessoais, dentre outros elementos, nos quais cita-se como exemplo:

- A quantidade de drogas apreendidas, considerando a quantidade esperada para uso pessoal do indivíduo;
- A variedade das drogas apreendidas;
- Balanças de precisão; Embalagens para acondicionar drogas, bem como, caso já embalada, se as mesmas se encontram fracionadas em pequenas quantidades, sendo este um indício da finalidade de comercialização;

- Quantia em dinheiro fracionado em notas de pequeno valor, sendo este outro demonstrativo do tráfico quando analisado em consonância com os demais fatores do caso concreto;
- Dentre outros elementos que podem ser utilizados para diferenciar a conduta de uso da conduta de tráfico.

3.5 Alterações Promovidas Pela Lei 13.840/19 no Tocante a Internação do Usuário de Drogas

Foi sancionada a Lei 13.840 no ano de 2019, pelo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, que trouxe importantes alterações a Lei de Drogas, com a previsão de internação involuntária, ou seja, contra a vontade do dependente químico, bem como o acolhimento de usuários de drogas em comunidades terapêuticas. Trouxe também a possibilidade do uso de bens apreendidos do tráfico, como veículos e aviões.

Referente a internação do usuário de drogas, a Lei de Drogas, após alteração, traz em seu artigo 23 as informações pertinentes, começando em seu parágrafo 2º que prevê que a internação somente poderá ser realizada em unidades de saúde ou hospitais gerais, que contenham equipes multidisciplinares, devendo ainda ser autorizada por um médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina – CRM do Estado onde se localizar o estabelecimento onde ocorrer a internação.

Prosseguindo, ainda no artigo 23, parágrafo 3º, temos a previsão de 2 tipos de internações, a voluntária prevista no inciso I e a involuntária prevista no inciso II. A internação voluntária se dá com o consentimento do dependente de drogas, já a internação involuntária ocorre sem o consentimento do indivíduo, a pedido de algum membro de sua família ou de seu responsável legal ou, na falta destes, de servidor público que seja da área de saúde, da assistência social ou de algum órgão público que integre o Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida.

A internação voluntária não encontra grandes dificuldades, devendo apenas ser procedida a partir de declaração escrita daquele que a solicitar, e seu término se dará também por solicitação escrita do dependente ou por determinação do médico responsável, conforme previsto no parágrafo 4º incisos I e II.

A internação involuntária é mais complexa e depende de uma série de condições elencadas nos incisos do parágrafo 5º:

§ 5º A internação involuntária:

I – deve ser realizada após a formalização da decisão por médico responsável;

II – será indicada depois da avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde;

III – perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável;

IV – a família ou o representante legal poderá, a qualquer tempo, requerer ao médico a interrupção do tratamento.

O parágrafo 7º traz ainda a obrigatoriedade de informar as internações e altas ao Ministério Público, à Defensoria Pública e outros órgãos de fiscalização, em no máximo, de 72 horas

3.6 PROERD

O Programa Educacional de Resistência às Drogas (PROERD), foi criado pelo estado do Rio de Janeiro no ano de 1992, e teve como inspiração o projeto americano *Drug Abuse Resistance Education* (DARE), que foi implantado no final de década de 80, pelo Departamento de Polícia de Los Angeles.

Fazendo um breve histórico com base em informações retiradas do site da polícia militar do estado de São Paulo, o Proerd teve sua implantação no Estado de São Paulo em 1993 com a primeira turma de instrutores formados na Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB), tendo a participação de mentores da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ) e sob a supervisão e atualização do Tenente Steave Kayser, de Los Angeles Police Department – LAPD.

O PROERD foi estendido para a Polícia Militar em 1997, posteriormente no ano de 1998 houve a criação do Centro de Treinamento do Programa, com o desenvolvimento de cursos para o estado de São Paulo e mais de 18 estados brasileiros e o Distrito Federal.

Em 2002 se tornou um programa institucional em todas as Policiais Militares do Brasil, tendo o estado de São Paulo atuado na expansão do programa em todos os demais estados brasileiros, incluindo o Rio de Janeiro, que teve o PROERD extinto por um período.

Segundo o site da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, encontra-se a seguinte descrição para o programa

“O Proerd – Programa Educacional de Resistência às Drogas: durante um semestre os policiais militares ensinam nas escolas as técnicas de autocontrole e resistência às pressões de amigos e de traficantes de drogas que tentam induzir os estudantes ao uso de entorpecentes.”

No mesmo site encontra-se ainda a previsão de outro projeto voltado a prevenção as drogas:

“O Prevenção ao uso de drogas: O Departamento de Investigações sobre Narcóticos (Denarc) da Polícia Civil conta com um serviço de palestras educativas à comunidade, visando a prevenção ao uso de drogas e o atendimento aos usuários de substâncias entorpecentes e seus familiares.”

Apesar do esforço realizado pelo PROERD, um estudo divulgado na notícia denominada “Estudo em escolas de São Paulo mostra que programa de prevenção às drogas mais comum no país é ineficaz” publicada pela agência Fapesp, da qual o repórter André Julião, demonstrou que o programa não tem alcançado resultados exponenciais.

De acordo com dados publicados em dois artigos nas revistas *International Journal of Drug Policy* e *Prevention Science*, conforme narra a reportagem, foi feito acompanhamento de 4.030 estudantes do quinto e sétimo anos do ensino fundamental em escolas estaduais do município de São Paulo, tendo parte do grupo assistido às aulas do programa e a outra metade não tendo passado pela intervenção.

As escolas foram sorteadas entre aquelas que não tinham recebido o programa nos últimos três anos. Foram aplicados questionários duas vezes em cada grupo: antes da intervenção e nove meses depois.

De maneira geral, não houve diferenças exponenciais entre os dois grupos. Em uma pequena parcela que já possuía, antes de passar pela intervenção, o hábito de consumir até cinco doses de álcool em no máximo duas horas, chamado de binge drinking, a probabilidade de manter essa prática aumentou até três vezes mais do que no grupo que não participou do programa. Os estudantes que receberam a intervenção ainda relatarão uma maior intenção de experimentar tabaco e de aceitar ofertas de maconha futuramente.

Tendo em vista os resultados, verifica-se a necessidade da reformulação do PROERD e sua adaptação ao contexto sociocultural dos estudantes brasileiros.

4 ANÁLISES ESTATÍSTICA

De acordo com informações retiradas do site do Senado Federal, na notícia intitulada "Aumenta o número de pessoas com transtornos por uso de drogas e álcool" de 03/03/2023, foi informado pelo Ministério da Saúde que o Sistema Único de Saúde (SUS), registrou no ano de 2021, 400,3 mil atendimentos a pessoas que apresentavam transtornos mentais e comportamentais decorrentes do uso de drogas e álcool. Sendo a maior parte dos pacientes do sexo masculino com idade entre 25 e 29 anos.

Outra notícia intitulada "Pesquisa do IBGE mostra aumento no consumo de drogas e maior iniciação sexual entre estudantes em Palmas" divulgada pelo site G1 em 15/07/2022, demonstrou o crescimento em dez anos da porcentagem de uso de drogas entre adolescentes na idade escolar, subindo de 5,6% em 2009 para 10% em 2019.

Outra informação relevante trazida foi que a exposição às drogas passou a ocorrer mais cedo, tendo em 2009, 2,5% dos adolescentes com menos de 14 anos, experimentado algum tipo de droga, enquanto em 2015 esse número subiu para 4%. Os dados foram divulgados pela Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (PENSE), realizada pelo IBGE em parceria com o Ministério da Saúde e da Educação.

Por fim foi constatado pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2019, divulgado em fevereiro de 2020 pelo governo federal, que o crime de tráfico de drogas tem maior incidência em relação aos demais delitos, considerando os condenados de forma definitiva e os presos provisórios.

As informações foram retiradas da notícia "Tráfico de drogas lidera ranking de crimes em 'censo' de presos" publicada no site R7, e demonstra que o estudo apurou cerca de 163,2 mil incidências de crimes de tráfico de drogas, sendo seguido do roubo qualificado com mais de 115 mil.

CONCLUSÃO

Tendo em vista as análises estatísticas conclui-se realmente a necessidade de uma maior discussão por parte dos poderes públicos e da própria sociedade acerca da circulação de drogas ilícitas.

Nota-se o esforço legislativo ao tratar do assunto, com o endurecimento da penalidade ao indivíduo narcotraficante, seja através das diversas condutas previstas no Art. 33 da Lei 11.343/2006, ou através da equiparação do crime de tráfico de drogas a crimes hediondos através do texto constitucional em seu Art. 5º, inciso XLIII. Bem como percebe-

se também o abrandamento de penalização dos usuários de drogas através das penas previstas no Art. 28 da Lei 11.343/2006, e uma visão cada vez mais humanizada do mesmo, demonstrada através da evolução legislativa.

Entretanto, devido aos números demonstrados, como a elevada quantidade de presos por tráfico de drogas e o exponencial índice de pessoas que se deram em decorrência do uso de drogas, verifica-se que as medidas atuais não estão bastando para combater o problema, devendo ser revistas e incrementadas, com ênfase em uma possível reformulação do PROERD, que possui grande importância, uma vez que busca conscientizar crianças e adolescentes acerca dos malefícios do uso de drogas, mas que demonstrou não ter eficácia em estudo exposto, tendo inclusive efeito inverso em parcela dos jovens.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 1997. p. 79.

BRASIL. Decreto no 11.481 de 10 de Fevereiro de 1915. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 10 de Fevereiro de 1915, Seção 1, p. 3597.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06, 7ª ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014 p.59-61.

GRAEFF, F. G. Drogas psicotrópicas e seu modo de ação São Paulo: EPU; 1990.).

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/19551>. Acesso em: 25 fev. 2023.

SITES

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm

<http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/index.php/proerd-2/>

<https://www.ssp.sp.gov.br/fale/institucional/answers.aspx?t=6>

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/26042022-Pacote-Anticrime-nao-retirou-o-carater-hediondo-do-trafico-de-drogas--define-Quinta-Turma.aspx>

<https://agencia.fapesp.br/estudo-em-escolas-de-sao-paulo-mostra-que-programa-de-prevencao-as-drogas-mais-comum-no-pais-e-ineficaz/37385/>

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90996/false>

<https://www12.senado.leg.br/institucional/sis/noticias-comum/aumenta-o-numero-de- pessoas-com-transtornos-por-uso-de-drogas-e- alcool#:~:text=O%20Relat%C3%B3rio%20Mundial%20sobre%20Drogas,n%C3%BA meros%20tamb%C3%A9m%20preocupam%20no%20Brasil.>

<https://www.google.com/amp/s/g1.globo.com/google/amp/to/tocantins/noticia/2022/07/15/pesquisa-do-ibge-mostra-aumento-no-consumo-de-drogas-e-maior-iniciacao-sexual-entre-estudantes-em-palmas.ghtml>

<https://www.google.com/amp/s/noticias.r7.com/brasil/trafico-de-drogas-lidera-ranking-de-crimes-em-censo-de-presos-29022020%3famp>

ABUSOS PRATICADOS PELAS AUTORIDADES POLICIAIS E A LEI N°13.869/2019

BEATRIZ CARMEM MOLINA:
Discente do Curso de Direito pelo
Centro Universitário de Santa Fé do
Sul/SP – UNIFUNEC¹⁰¹

EDUARDO CURY¹⁰²

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo dispor sobre o abuso de autoridade na atividade policial, por meio de observações necessárias para a compreensão do abuso de autoridade no policiamento no contexto dos direitos humanos e fundamentais e destacar algumas observações relevantes acerca da Lei 13.869/2019. Foi possível concluir que o abuso de poder policial não pode ser praticado por violar direitos e garantias fundamentais, mas algumas vezes essas práticas são observadas, o que pode estar relacionado ao despreparo de investimentos na segurança policial para navegar na crescente violência social em que atua. Contudo, a Lei 13.869/2019 foi criada para melhorar tais situações, mas, em alguns casos não haverá solução para esse problema, conforme os dados expostos. A metodologia utilizada inclui pesquisas bibliográficas, artigos científicos, doutrinas e legislação vigente. O problema torna-se mais intenso, principalmente, no caso de violência policial e abuso em determinados locais. Além dessa iniciativa de criar leis para melhorar essas relações, o estado também precisa de outras iniciativas, como a melhoria da qualidade da educação, moradia, lazer e condições de saúde nas regiões mais pobres dos grandes centros urbanos do país, onde o Estado está ausente e a violência presente.

Palavras-chave: Abuso Policial. Direitos. Fundamentos. Leis.

ABSTRACT: This article aims to present about the abuse of authority in policing. Analyze some observations necessary for understanding abuse of authority in policing in the context of human and fundamental rights and highlight some relevant observations of Law 13.869/2019 on policing. The methodology used includes bibliographic research, scientific articles, doctrines and current legislation. It was possible to conclude that the abuse of police power cannot be practiced because it violates fundamental rights and guarantees, but sometimes these practices are observed, which may be related to the unpreparedness of investments in police security to navigate the growing social violence in which it

101 E-mail: beatrizmolinaaw@outlook.com

102 Docente do Curso de Direito do centro universitario de santa fé do sul – UNIFUNEC, EMAIL profcuryunifunec3@gmail.com.

operates. However, Law 13.869/2019 was created to improve such situations, but in some cases there will be no solution to this problem. The problem becomes more intense, especially in the case of police violence and abuse in certain places. In addition to this initiative to create laws to improve these relationships, the state also needs other initiatives, such as improving the quality of education, housing, leisure and health conditions, especially in the poorest regions of the country's large urban centers, where the state is absent and violence is present.

Keywords: Police Abuse. rights. Fundamentals. Laws.

1 INTRODUÇÃO

A violência na sociedade permanece crescendo após tantos séculos de evolução humana, pois as atividades ilícitas têm acompanhado essa evolução, potencializando e gerando desequilíbrio social, fazendo surgir a necessidade da criação de inúmeros dispositivos legais com animo de manter a ordem social.

As instituições do Estado permitem assegurar a paz social e defender o Estado Democrático de Direito, fruto de muitas lutas, para que todos possam viver e conviver em harmonia e no respeito dos seus direitos.

As conquistas originárias dessas lutas no caminho da manutenção da paz social e da efetivação das garantias dos direitos fundamentais têm seu respaldo no Estado, por meio de seus servidores estatais, militares ou seus pares, membros dos poderes Legislativo, Executivo, Judiciário, Departamento de Estado, Tribunais e Conselhos de Contas.

Entretanto, esses autores têm poderes para exercer suas funções como representantes do Estado. Hoje organizado social e politicamente, mas as exercem de forma limitada, pois nenhum funcionário pode violar os direitos dos cidadãos.

Todos os representantes do Estado são conferidos poderes, mas seus deveres também devem ser exercidos sem excessos tendo em vista o interesse público e as diretrizes da última e atualizada Lei 13.869/2019, com base no texto mais amplo da Constituição de 1988, que estabelece que não deve haver abuso dos poderes conferidos pelo Estado aos seus funcionários.

Além disso, o respeito aos cidadãos e seus direitos por um Estado poderoso se baseia na Declaração Universal dos Direitos Humanos ditada pelas Nações Unidas em 1948, privilegiando os direitos e garantias fundamentais, sendo a dignidade humana primordial.

Esses direitos têm lugar de destaque na Constituição brasileira de 1988, que determinam os direitos humanos na atualidade..

Com base nos argumentos apresentados, é importante para este estudo destacar a relevância da atividade policial, pois é aquela em que o servidor atua diretamente com a violência causada por conflitos sociais, crimes de toda espécie, perante todos por serem os primeiros atores na ação estatal diante da desobediência à lei nos eventos e nas práticas criminosas.

Foram expostos inúmeros dados sobre casos de violência originários de servidores da segurança pública, com o fim de ilustrar os problemas enfrentados pela sociedade, mesmo com o desenvolvimento da atual lei de abuso de autoridade.

Nesse cenário, a autoridade policial tem a tarefa de zelar pela aplicação da lei, pautada pela legislação e pelo cumprimento dos princípios que garantem os direitos da pessoa humana no estado constitucional democrático, sem abusar dos direitos da autoridade da pessoa humana que lhe são conferidos por do Estado, diante da violência que hoje aflige a sociedade.

Diante do problema apresentado, o objetivo geral é fornecer alguns indicadores necessários para compreender o abuso de poder no policiamento no contexto dos direitos humanos e fundamentais e destacar alguns comentários relevantes sobre a lei 13.869/2019 sobre a atividade policial.

O trabalho de divide em alguns tópicos, quais sejam: Desenvolvimento da Dignidade da Pessoa Humana; Dados Sobre A Violencia Policial; Atividade Policial; Principais Crimes Da Lei 13.869/2019; Atual Lei De Abuso De Autoridade (N° 13.869/2019); Evolução Dos Crime De Abuso De Autoridade.

2 DESENVOLVIMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme as pontuações de Sarlet (2010, p.21), os estudiosos Lovato e Dutra (2015, p.3) destacam que o conceito de direitos humanos se refere a posições jurídicas que reconhecem a pessoa humana como detentora de direito e deveres, independentemente do sistema constitucionais adotado Estado.

Em contraste, os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos e protegidos pela própria existência da pessoa natural e concretizado pelas cartas normativas. Essa diferença pode levar a uma discrepância na efetividade dos direitos, uma vez que os direitos fundamentais são protegidos por órgãos de controle como o poder

judiciário, enquanto a realização positivação dos direitos humanos depende do trabalho legislativo dos Estados signatários.

As reflexões sobre os direitos humanos levam à ideia de que tais direitos buscam proteger os direitos necessários ao convívio em sociedade, sem haver atos que violem ou coloquem em risco a dignidade da pessoa humana.

Segundo Abrão e Genro (2012), sem o reconhecimento da dignidade da pessoa humana não existe o esteio da democracia, pois todo ser merece respeito e proteção. Esse é um ponto relevante para a caracterização do real conceito de Estado de Direito. A dignidade é vista como uma qualidade intrínseca e inseparável de todo ser humano, na qual o estado deve efetiva-la.

Embora se saiba que a dignidade humana tem suas raízes nos ideais clássicos do cristianismo, no qual se pregava a autoestima de todos os seres, esse ideal foi sendo modificado ao longo dos séculos diante das evoluções sociais, políticas e econômicas que influenciaram os aspectos jurídicos ligados à proteção dos direitos básicos e fundamentais das pessoas.

O homem de séculos passados, tratado como simples objeto e instrumento de governos despóticos e poderosos, hoje tem o reconhecimento de sua dignidade como pessoa, o que, segundo Sarlet (2008), é o valor resultante da evolução nas vastas searas sociais. A dignidade, premissa própria a todos os seres, não deve ser calculada ou confrontada com qualquer coisa que arremeta a um preço sem de alguma forma violar seu real conceito.

Graças à valorização da dignidade humana, foram elaborados documentos para se definir e proteger os valores humanos com o fim de perpetuar as garantias fundamentais, como por exemplo, a carta magna datada de 1215 e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Ambos o documento dispõe de importantes premissas para o desenvolvimento dos direitos humanos, e, principalmente, preveem alguns conceitos esparsos do que hoje é interpretado como dignidade da pessoa humana.

Segundo Barbosa (2011), é um período que moldou a história porque deu origem a novas formas de conhecimento, que decorreram em estudos com o fim analisar a influencia do homem no desenvolvimento do planeta.

A partir desse momento histórico, intensificaram-se os estudos que, mesmo desafiados pela fé cristã, continuaram a fazer descobertas úteis à humanidade em áreas como astronomia, matemática, física e medicina, que obtiveram avanços significativos. Esta foi uma "porta que se abriu" para o conhecimento científico.

Com o fim da monarquia, regimes autoritários e a ascensão de governos democráticos, por todo o mundo, e com a força do humanismo, uma sociedade mais justa foi constituída onde todos podem ter seu lugar. A sociedade passou a buscar meios de tornar nítido os direitos naturais alcançados pelo decurso do tempo.

O pensamento humanista, hoje, reconhece também os direitos da natureza, entendidos como direito ambiental, comprovando como o direito evoluiu tanto para proteger o ser humano, que esta subordinado ao meio ambiente e suas intempéries, quanto as demais formas de vida.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dessa forma, que surgiu após duas sangrentas guerras mundiais, reforçou uma busca secular pelo reconhecimento da dignidade humana e dos direitos humanos, e apontou para uma nova visão de direitos:

Com a fundação das Nações Unidas e a adoção dos princípios da Carta da ONU, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros instrumentos internacionais, a ideia da exclusividade dos direitos humanos foi finalmente abandonada. pelo menos em teoria. Vivemos desde 1945 uma época de reconhecimento de sua universalidade e inclusividade, que é também uma época de demandas dos povos pelo exercício do direito à autodeterminação como um direito internacional e humano. É o momento da democratização, da descolonização, da emancipação, do combate ao racismo e a todas as formas de discriminação racial. O direito à existência, à vida, à integridade física e moral da pessoa e à não discriminação, especialmente a discriminação racial, são normas imperativas da comunidade internacional ou da natureza do jus cogens (MBAYA, 1997, p.18).

Desta afirmação, contudo, pode-se deduzir que a garantia da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana é consequência de seu caráter supraconstitucional, oriunda de tempos passados e de vigorosas evoluções que foram alcançadas por meio de revoluções, guerras e manifestações sociais, com o fim de aviventar o atual conceito de direitos humanos e fundamentais e, por consequência, de dignidade da pessoa humana.

Aponta-se que embora se refiram aos direitos humanos e fundamentais, a aplicação de ambos apresenta algumas diferenças, a saber:

Apesar do fato de que ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) são comumente usados como sinônimos, a

explicação comum e incidentalmente válida para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos reconhecidos e reconhecidos no âmbito do positivo afirma o direito constitucional de um determinado Estado, enquanto o termo direitos humanos se referiria a documentos de direito internacional porque se refere às posições jurídicas atribuídas ao homem como tal, independentemente de sua vinculação a uma determinada ordem constitucional, e que são portanto, universal em validade para todos os povos e épocas, de modo que tenham um claro caráter supranacional. (SARLET, 2010, p.29).

A dignidade da pessoa humana é o principal meio de estabelecimento e promoção dos direitos humanos e fundamentais, embutida nas diretrizes jurídicas democráticas, sendo à base de todos os outros direitos.

Nesse sentido, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais não está no conceito, pois ambos têm o mesmo núcleo e finalidade de garantir um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana (ALVARENAGA, 2016).

Cumprir mencionar que no Brasil, segundo explicações de Boaventura (2013, n.p.):

A consagração dos direitos humanos no ordenamento jurídico interno como direitos fundamentais deu-se com o advento da Carta Magna de 1988. A positivação destes direitos visa, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). A dignidade figura como “valor constitucional supremo”, o valor mais importante da Constituição.

Nesse sentido, conclui-se que o significado de direitos humanos é mais amplo e determina os direitos que todos devem ter e são inerentes a todos, como o direito à liberdade, sendo os direitos fundamentais os mais importantes em relação às normas que lhes dizem respeito determinado, mas ambos servem para proteger a pessoa e sua dignidade.

Nas palavras do seguinte autor, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana ainda mantém uma relação profunda com um Estado democrático, como se expõe:

A Constituinte originária, ao afirmar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Constituição do Brasil no artigo 1º inciso III da CF/88, confirmou o sentido, finalidade e justificação do exercício do poder estatal e dá o próprio Estado, de modo que sua Ação que o indivíduo tem como

único fim. Essa interpretação permite afirmar que tal artigo constitucional não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas também demonstra que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma norma jurídica positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia garantida pelos direitos fundamentais da pessoa (MARREIRO, 2013, p.14).

É importante ter em mente que todo o cerne da Constituição Federal de 1988 está na dignidade da pessoa humana e que esse princípio é a orientação para a interpretação de todas as leis. Segundo Barbosa (2011 *apud* MARREIRO, 2013), a dignidade humana tem um valor intrínseco ao indivíduo, ou seja, não é disponível e inalienável.

3 EVOLUÇÃO DOS CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE

O crime de abuso de autoridade já era visível em dispositivos normativos antigos, como na Carta Magna de 1824, que na época já continha dispositivos sobre o assunto. As constituições do Brasil apresentavam alguns elementos referentes ao atual conceito de abuso de autoridade.

A Constituição de: 1824, no artigo 179; 1891, artigo 72, §9º; 1934, no artigo 113; 1946, no artigo 141, §37 asseguravam a possibilidade de acionar os meios devidos para repelir os abusos de autoridade. No entanto, só na constituição de 1967, artigo 150, § 30, foi estabelecida a distinção entre os direitos de representação e de petição, premissas que foram mantidas na Emenda Constitucional de 1/1969, cujo conteúdo que segundo Rui Barbosa, “a praxe tempor inocente esse direito. Ninguém dele usa, porque ninguém ignora que a responsabilidade se banuiu do regimento, que os abusos são os donos do Brasil, que os poderes públicos só têm ouvidos para ouvir a si mesmos” (ALVARENGA, 2016, p.58).

Cabe lembrar, ainda, que desde 1965 existe uma lei específica sobre abuso de poder, originalmente a lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regulamenta o direito de representação e o processo administrativo e civil e a responsabilidade penal, nos casos de abuso de poder por oficiais da administração Pública.

O decurso do tempo foi essencial para o desenvolvimento do conceito assertivo de abuso, que passou a ser interpretado como o mau uso da condição de poder, o que comina na promoção de atos injustos, exploratórios. A arbitrariedade presente no abuso condiciona, segundo Alvarenga (2016, p.24), o surgimento de ilegalidades:

Na concepção, o abuso é o uso fora dos limites correspondentes a todo poder ou autoridade, o seu exercício

ilegítimo e excessivo. Igualmente, praticará abuso aquele que, fora dos parâmetros óbvios da horizontalidade - ação excessiva ou omissão faltosa -, agir de modo diverso daquele que deveria ou a que estaria obrigado (ALVARENGA, 2016, p.24).

Barbosa ensina (2011) que o abuso de poder na lei antiga incluía o abuso de poder, como se depreende do disposto no artigo. 4º, a, da Lei nº 4.898/65, utilizando termos administrativos para caracterizar condutas ilícitas no âmbito penal e também disciplinar.

Nesse caminho, foi criado o conceito do que seria abuso de autoridade, sendo a conduta indevida, excessiva ou ilegal de um agente público que excede os limites do poder ou da autoridade que lhe foi concedido. É quando um servidor público, como um policial, juiz, promotor ou outro funcionário público, abusa do poder que lhe foi conferido para prejudicar alguém ou para obter vantagens indevidas para si ou para outros.

O abuso de autoridade é considerado um crime e pode resultar em sanções civis, administrativas e penais para o agente público infrator. O objetivo das várias legislações era proteger os direitos e liberdades dos cidadãos contra o uso indevido do poder público, protegendo a dignidade da pessoa humana contra atos violadores e autoritários.

Assim o crime de abuso de poder consiste no exercício excessivo de poder, promovido por práticas desleais, inadequadas e excessivas que envolvam o uso de força intensa contra um indivíduo ou grupo de indivíduos (PINHEIRO, 2019 *apud* BATISTA; LUSTOSA, 2019).

Destacam-se as importantes palavras de Wadys (2008, p.15), que esclarecimentos sobre abuso de poder e abuso de poder:

O Abuso de Autoridade é crime e abrange as condutas abusivas de poder, conforme a explicação abaixo. O abuso de poder é gênero do qual surgem o excesso de poder ou o desvio de poder ou de finalidade. Assim, o abuso de poder pode se manifestar como o excesso de poder, caso em que o agente público atua além de sua competência legal, como pode se manifestar pelo desvio de poder, em que o agente público atua contrariamente ao interesse público, desviando-se da finalidade pública. Tratam-se, pois, de formas arbitrárias de agir do agente público no âmbito administrativo, em que está adstrito ao que determina a lei (princípio da estrita legalidade). Pode-se dizer que o abuso de autoridade é o abuso de poder analisado sob as normas penais.

Por fim, insta salientar que a questão do abuso de autoridade gera insegurança nos vários níveis sociais, gerando descrença nas instituições públicas, visto os atos abusivos promovidos por meus agentes (excessivo ou abuso de poder), vide, incluem também outros comportamentos ilícitos do servidor público, levando a concluir que o abuso de poder inclui o abuso de poder que, por sua vez, se desdobra em excesso e abuso de poder ou de finalidade.

A atual Lei de Abuso de Autoridade (13.869/2019) foi essencial para o desenvolvimento do real conceito de Abuso, promovendo a criação de vários tipos penais tendentes a reprimir os abusos oriundos, principalmente, dos agentes da segurança pública.

4 ATUAL LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE (Nº 13.869/2019)

A Lei 13.869/2019 trouxe diversas inovações no que se refere à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e na regulamentação da atuação dos agentes públicos, em especial, dos agentes de segurança pública.

Algumas das principais alterações promovidas pela nova Lei de Abuso de Autoridade tiveram foco na Lei de Prisão Temporária (Lei 7.960/1989), na Lei das Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/1996), no Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940) e no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994). Além disso, a nova lei também revogou expressamente a antiga Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4.898/1965).

Alguns especialistas e juristas avaliam que a nova lei é positiva, pois ela busca prevenir abusos de autoridade por parte de agentes públicos, estabelecendo limites claros e punições para as condutas ilegais e arbitrárias. A lei pode contribuir para uma maior transparência e responsabilização por parte das autoridades, além de garantir a proteção dos direitos individuais e coletivos.

Por outro lado, há especialistas e juristas que argumentam que a nova lei é negativa, pois pode gerar insegurança jurídica e dificultar a atuação dos agentes públicos. Eles argumentam que a lei é muito ampla e pode ser interpretada de forma subjetiva, o que pode levar a processos autônomos e automáticos violando princípios constitucionais básicos.

Em geral, a opinião sobre a Lei de Abuso de Autoridade varia entre os especialistas e juristas, e muitos ainda precisam monitorar e avaliar os resultados da sua aplicação para entender melhor seus efeitos positivos e negativos.

Destaca-se que a nova lei dispõe que o crime de abuso só sucederá se cometido pelo servidor com o objetivo específico de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, por mera obstinação ou contentamento pessoal. Isto é se faz necessário o chamado “dolo específico”, não havendo, mesmo que em tese, a figura culposa. Ou seja, o servidor público tem que demonstrar de forma clara e visível a intenção dos intentos expressamente definidos na lei, sob pena de ocorrer o crime (PAIVA, 2021).

Desse modo, os aparelhos de incriminação deverão estar cercados de elementos robustos para atribuir o crime de abuso de autoridade a alguém, sendo imprescindível a definição motivada do comportamento a que se busca punição, aumentada de elementos adequados que confirmem, minimamente, a presença do elemento subjetivo (dolo específico) e do especial fim de agir.

No que se refere à Polícia Militar, a nova lei tem impactos importantes na atuação de seus membros. A legislação prevê e assegurar punições mais rígidas para casos de abuso de autoridade, o que pode implicar em punições específicas para a polícia que atue fora da legalidade. Isso pode contribuir para uma mudança de cultura na corporação e uma maior conscientização sobre a importância do respeito aos direitos dos cidadãos.

Por outro lado, é importante destacar que a aplicação da nova lei deve ser feita de forma equilibrada e justa, evitando punições injustas ou arbitrárias contra os agentes de segurança pública.

Em meio à violência exposta pelos canais midiáticos, a atual Lei de Abuso de Autoridade deve ser observada, pois as disposições previstas na constituição devem ser observadas, incluindo a visão democrática e o respeito aos direitos e garantias do cidadão.

A lei reforça a necessidade de que as autoridades públicas, incluindo as de segurança pública, exerçam suas funções dentro dos limites legais e de forma responsável e respeitosa aos direitos humanos.

Com a criação da lei, espera-se que as autoridades de segurança pública ajam com mais cautela e transparência, evitando abusos de poder e excessos em suas ações. Além disso, a lei pode ajudar a fortalecer a confiança da população nas instituições de segurança pública, ao garantir que os agentes públicos que cometerem abusos sejam responsabilizados por seus atos.

4.1 principais crimes da lei 13.869/2019

A Lei de Abuso de Autoridade, tem como objetivo proteger os direitos fundamentais dos cidadãos e coibir os excessos cometidos por agentes públicos no exercício de suas funções. É importante ressaltar que a Lei de Abuso de Autoridade se

aplica não apenas a agentes públicos, mas também a particulares que pratiquem atos em colaboração com o poder público.

O Artigo 1º desta Lei estabelece as ações consideradas como abuso de autoridade, que são cometidas por agentes públicos, sejam eles servidores ou não, quando usarem o poder que lhes foi concedido no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Tais ações serão consideradas como crime de abuso de autoridade quando praticadas com intenção específica de prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo ou a terceiros, ou ainda, quando praticadas por capricho ou satisfação pessoal. (BRASIL, 2019).

A presença de *animus abutend* ou finalidade específica de cometer crime é tida como base para a consumação dos crimes, conforme observar Henrique Hoffman:

O elemento subjetivo geral no abuso de autoridade é o dolo. Não há previsão legal de abuso de autoridade culposo. Entretanto, logo no seu artigo inaugural a lei evidencia que o dolo, por si só, não é suficiente para que o crime se perfeça. Além da consciência (elemento cognitivo) e da vontade (elemento volitivo) que compõem o dolo, é preciso algo a mais, uma finalidade específica que deve animar a conduta do agente (2020, n.p.)

A atual de Abuso de Autoridade não restringe seu conteúdo apenas às autoridades de segurança pública, mas a todos os indivíduos que apresentem algum vínculo com a administração pública, seja contratual ou legal. No entanto compre enfatizar artigos que, indiretamente, estão vinculados aos servidores da segurança pública em geral.

Cumpra enfatizar o artigo 3º, visto que busca reprimir a conduta de constranger o preso ou detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência com o fim de exhibir-se ou mostrar parte do corpo para o público ou submeter o indivíduo a situação vexatória ou a constrangimento não permitido por lei. Com mesma vertente é o artigo 4º, que incrimina o ato de submeter o indivíduo a interrogatório policial no período de repouso noturno, em circunstância diversa do flagrante delito, ou sem estar assistido por advogado ou sem consentir em prestar declaração (BRASIL, 2019).

Insta observar, ainda, mais alguns artigos, como o 7º que visa punir os agentes da segurança pública que prolonguem sem justificativa a duração da prisão provisória ou de medida de internação, gerando consequências negativas nas investigações, a ordem pública ou na aplicação da lei penal (BRASIL, 2019).

Com o mesmo fim são os artigos 9º, 10º e 11º, que visam repreender a Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem

prévia intimação de comparecimento ao juízo, e a Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou não fazer, sem expresse amparo legal; e, por fim, constranger o interessado ou o responsável a fornecer, emitir, transmitir ou publicar declaração que o prejudique ou que não seja verdadeira.

É importante lembrar que esses artigos não são exaustivos e que outras condutas abusivas também podem se enquadrar como crimes de abuso de autoridade.

Desde a sua criação, esta lei tem como objetivo impedir que o Estado, por meio da ação da polícia ou de qualquer outro funcionário, ultrapasse suas responsabilidades no cumprimento de seus deveres de promover o cumprimento da lei e manter a ordem na sociedade, que, embora sendo uma sociedade democrática reconhecida, mas cuja violência aumenta a cada dia, sem optar por grandes ou pequenos centros urbanos, afetando significativamente as atividades de todos os servidores.

5 ATIVIDADE POLICIAL

O trabalho dos órgãos de segurança pública no Brasil é baseado na Constituição Federal de 1988, artigo 144, *caput*: "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sob a égide dos valores da cidadania e dos direitos humanos, através dos órgãos instituídos pela União e pelos Estados". assim estabelece as competências e responsabilidades dos órgãos de segurança pública e define os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. (BRASIL, 1988, n.p.).

Os principais órgãos de segurança pública no Brasil são a Polícia Federal, responsável por investigar crimes federais, a Polícia Rodoviária Federal, responsável pela fiscalização das estradas e rodovias federais, e as Polícias Cíveis e Militares, responsáveis pela segurança pública nos estados. Além disso, existem outros órgãos de segurança pública, como as guardas municipais, que têm competência para proteger o patrimônio público e garantir a ordem pública no âmbito municipal.

Os órgãos de segurança pública trabalham em conjunto para garantir a segurança dos cidadãos, prevenir e combater crimes, e garantir a ordem pública. Esses objetivos são alcançados por meio de ações como o patrulhamento ostensivo, a investigação de crimes, o controle de fronteiras e a realização de operações especiais. Além disso, os órgãos de segurança pública também desenvolvem programas de prevenção ao crime e de educação cidadã, visando conscientizar a população sobre a importância da segurança pública e da prevenção ao crime.

As Polícias Militares do Brasil têm como papel institucional a preservação da ordem pública e a segurança dos cidadãos. Elas são responsáveis pelo policiamento

ostensivo, pela prevenção e repressão de crimes e pela manutenção da paz social, atuando principalmente nos estados brasileiros.

Além disso, as Polícias Militares também têm outras atribuições, como a garantia do cumprimento das leis e dos regulamentos, o apoio às autoridades civis, a proteção das pessoas e do patrimônio, e a promoção da segurança viária.

Quanto à avaliação do desempenho das Polícias Militares no cumprimento do seu papel institucional, existem opiniões divergentes entre os especialistas em segurança pública. Alguns defendem que as Polícias Militares desempenham um papel importante na manutenção da ordem pública e na prevenção de crimes, enquanto outros argumentam que essas instituições enfrentam problemas relacionados à violência policial, à falta de capacitação e à baixa efetividade em algumas áreas.

É importante ressaltar que o trabalho das Polícias Militares é complexo e desafiador, e que a avaliação do seu desempenho deve ser feita de forma criteriosa e levando em consideração as peculiaridades de cada região e contexto.

6 DADOS SOBRE A VIOLENCIA POLICIAL

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública tem publicado anualmente desde 2013 um relatório chamado Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Esses relatórios trazem dados sobre violência policial no Brasil, incluindo mortes decorrentes de intervenções policiais. Seguem abaixo os números de mortes decorrentes de intervenções policiais no Brasil entre 2010 e 2018, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2016: 4.224 mortes; 2017: 5.144 mortes; 2018: 6.160 mortes.

Atlas da Violência: O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública publicaram em 2019 o Atlas da Violência. Esse relatório traz uma análise detalhada de dados sobre violência no Brasil, incluindo violência policial. De acordo com o Atlas da Violência, entre 2010 e 2017, a taxa de mortes por intervenção policial no Brasil.

Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública realiza anualmente uma pesquisa sobre a violência policial no país. O último levantamento, divulgado em 2021, mostrou que houve 6.416 mortes violentas causadas por intervenção policial no Brasil em 2020, o que equivale a uma média de 17 mortes por dia. A fonte desse dado é a própria pesquisa do Fórum, que é baseada em informações fornecidas pelos governos estaduais.

Nos Estados Unidos, a organização Mapping Police Violence também mantém um banco de dados sobre violência policial, com informações sobre as mortes causadas

por policiais em todo o país. De acordo com seus registros, em 2020, houve 1.127 pessoas mortas por policiais nos Estados Unidos.

É importante notar que esses dados podem não representar o número total de ocorrências de violência policial, já que muitos casos podem não ser registrados ou divulgados.

No entanto, cumpre enfatizar que existem muitos obstáculos a serem superados por parte da polícia que deve estar sempre pronta e em busca de conhecimento para enfrentar o cotidiano de suas atividades de alto risco. Para Batista e Lustosa (2019), muitos policiais que se esforçam para fazer um trabalho eficiente de prevenção, repressão e punição ao crime acabam cometendo excessos.

7 CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito se caracteriza pela relação harmoniosa entre o poder executivo e o povo, pois os atos produzidos pelo Estado são sempre direcionados a satisfação social e coletiva do bem comum, o que, inclusive se direciona como o fundamento dos demais poderes da república.

No entanto, o poder legislativo, que é constituído por indivíduos eleitos pelo povo, reside na necessária função de produzir leis com o fim de materializar a ordem pública estabelecida no texto constitucional de 1988. Mas é possível visualizar deficiências dessa legislação em relação à educação, saúde, moradia, lazer e tantos outros direitos que não estão sendo efetivados pelas políticas públicas que estão provocando uma revolta popular e culpando a polícia por tantos males sociais.

A Lei de abuso de autoridade surgiu neste contexto, com o fim de remediar e controlar os excessos dos agentes dotados de poder pelo Estado. Verifica-se que a posição do policial, por um lado, carrega o poder que lhe é atribuído como representante da autoridade estatal e deve atuar para manter a ordem.

Quando esse poder é extrapolado, incorre o abuso de autoridade que acontecerá sempre que o servidor público estiver na sua função e usar o seu cargo para prejudicar a alguém ou se beneficiar, por capricho ou satisfação pessoal.

No entanto, pode-se dizer o quanto os policiais têm sua atitude, seu papel no desempenho de uma função sem cometer abusos ou excessos, principalmente neste momento turbulento de violência e criminalidade, além dos conflitos políticos, morais e éticos do trabalho policial.

A Lei de Abuso de Ofício conduz a um trabalho que traz segurança para a sociedade através do trabalho do policial, mas a preparação deste profissional também

deve estar sempre em dia, com a busca pelo conhecimento constante, que com o apoio e proteção também para sua integridade física e moral, com as atualizações da lei, lhe dará segurança, assim como a licença para o uso da força contida no Código de Processo Penal Militar.

Em virtude disso, apesar das críticas sofridas e do intenso debate sobre ela, a nova lei de abuso de autoridade se mostra importantíssima para coibir ou pelo menos tentar coibir atitudes excessivas por parte dos policiais, visto que a antiga lei não era tão rigorosa e nem aplicada adequadamente.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Pablo Luiz.; GENRO, Amaral Zobbar. **Os direitos da transição e a democracia no Brasil: estudos sobre Justiça de Transição e teoria da democracia**, 3.ed. 1. vol. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 2016. 20 f. (Graduação em Direito) – PUCMinas, Belo Horizonte, MG, 2016. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_CONCEITO_OBJETIVO_DIFERENCA_EN_TRE_DIREITOS_HUMANOS_E_DIREITOS_FUNDAMENTAIS.aspx. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2013. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade**; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília, DF, 05 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acessado em: 19 maio 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Brasília, DF, 21 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Brasília, DF, 7 de dezembro de 1969. Disponível em: < http://www.planaLto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso em: 18 maio 2022.

BARROS, A. F. de. Militares são servidores públicos comuns e não agentes políticos. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-3, 04 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-06/mp-debate-militares-sao-servidores-publicoscomuns-nao-agentes-politicos>>. Acesso em: 24 jun. 2022.

BONAVENTURA, Alana Duarte dos Santos. **A constitucionalização dos direitos humanos.** Juscom, Rio de Janeiro, n. 35, ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25152/a-constitucionalizacao-dos-direitos-humanos/2>. Acesso em: 2 jun 2022.

BRASIL. Constituição de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2022.

BATISTA, R. D.; LUSTOSA, K. B. **Crimes de abuso de autoridade na atuação dos agentes de Segurança Pública "Polícia Militar"**. Ambito Juridico, 5 dez. 2019 . Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crime-de-abuso-de-autoridadena-atuacao-dos-agentes-de-seguranca-publica-policia-militar/>>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BARBOSA, Gilcimar Costa. **fontes iconográficas históricas de cachoeira e são félix: pesquisa documental.** 2011. 70 f. (Graduação em Direito) – UFRB, Cachoeira, BA, 2011. Disponível em: [file:///C:/Users/Avelino/Downloads/Barbo sa%202011%20\(1\) .pdf](file:///C:/Users/Avelino/Downloads/Barbo%20sa%202011%20(1).pdf). Acesso em: 28 jul 2022.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 13 jun. 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 10 abr.2022.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal parte geral.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MBAYA, Etienne-Richard. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. Dossiê de Direitos Humanos.** Revista Estudos Avançados USP. II, São Paulo, v. 3, n. 23, agosto de 1998.

PAIVA, Amanda. **Abuso de autoridade: atividade policial no contexto dos direitos fundamentais com evidência na nova lei 13.869/2019.** Unilavras. Labras, 2021. 54 p. Disponível em: <http://dspace.unilavras.edu.br/bitstream/123456789/750/1/TCC%20Amanda%20Cristina%20de%20Paiva.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WADY, Ariane Fucci. **Abuso de Poder x Abuso de Autoridade – Conheça as Diferenças.** Leis e direitos, Rio de Janeiro, ago. 2016. Disponível em: <https://www.leisedireitos.com.br/abuso-de-poder-x-abuso-de-autoridade-conheca-as-diferencas/>. Acesso em: 15 maio 2022.